THÈSE DE
PARIS,
1884
N°. 24.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES FORMES DES DONATIONS ENTRE-VIFS

EN DROIT ROMAIN

DES INCAPACITÉS RELATIVES

DE DISPOSER ET DE RECEVOIR A TITRE GRATUIT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 21 *mai* 1884, *à midi*

PAR

Eloi-Benjamin CARNOY
Avocat à la Cour d'appel

Président : M. BUFNOIR, *professeur.*

Suffragants : MM. RATAUD, GLASSON, *professeurs.* — ALGLAVE, LARNAUDE, *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
ALPHONSE DERENNE
52, boulevard Saint-Michel, 52
1884

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES FORMES DES DONATIONS ENTRE-VIFS

EN DROIT ROMAIN

DES INCAPACITÉS RELATIVES

DE DISPOSER ET DE RECEVOIR A TITRE GRATUIT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 21 *mai* 1884, *à midi*

PAR

Eloi-Benjamin CARNOY

Avocat à la Cour d'appel

Président : M. **BUFNOIR**, *professeur*.

Suffragants : MM. RATAUD, GLASSON, *professeurs*. ALGLAVE, LARNAUDE, *agrégés*.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, boulevard Saint-Michel, 52

1884

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546314_0020

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

Des formes des donations entre-vifs (1).

INTRODUCTION

En suivant le développement successif des institutions juridiques dans les diverses législations, on trouve que les formes, dont la loi a pris soin, à différentes époques, d'entourer l'acte de donation, ont été exigées dans un double but. D'une part, le législateur éprouve le besoin de protéger le famille du donateur, et souvent le donateur lui-même; et, à cet effet, il cherche à restreindre le nombre, et quelquefois la quotité des donations, en les soumettant à des causes de nullité tout à fait spéciales et inconnues dans les autres contrats. Le résultat auquel la loi arrive ainsi est, soit de s'assurer que la libéralité est l'œuvre d'une volonté réfléchie de la part de son auteur, soit d'entraver la volonté du donateur et, par suite, de protéger la famille par la

(1) Nous nous sommes inspiré, dans cette partie de notre travail, de deux articles remarquables publiés sur la loi Cincia, par notre regretté maître, M. Machelard, dans la *Revue critique*, années 1878 et 1879, et de la savante étude de M. Larnaude, professeur agrégé à la Faculté de Paris, sur la *Publicité des Donations*, en droit romain (*Thèse de Doctorat*, année 1876).

conservation des biens dans les patrimoines. Tel fut le but de la loi Cincia en droit romain ; tel est aussi celui de la règle « donner et retenir ne vaut » et de ses nombreuses applications en droit français. C'est là une idée tout arbitraire et qui, dans l'ordre législatif, a aujourd'hui perdu de son importance et est peut-être appelée à disparaître un jour.

L'autre but, poursuivi par le législateur en entourant les donations de certaines formalités, est de fixer le crédit hypothécaire du donateur et de porter la donation à la connaissance des intéressés, tels que créanciers et tiers acquéreurs. C'est là une idée essentiellement économique qui se fit jour en droit romain par l'introduction de l'insinuation et se perfectionna dans notre droit moderne par la transcription.

Toutefois l'insinuation, telle que l'ont connue le droit romain et notre ancien droit, diffère de la transcription telle que l'a organisée le code civil. En effet l'insinuation, en droit romain, protégeait aussi bien les héritiers du donateur que ses ayant-cause à titre particulier ; son institution eut pour objet d'organiser une sorte de publicité autour de la donation et de mettre ainsi la famille, aussi bien que les tiers, à l'abri des libéralités exagérées du donateur. L'insinuation n'était donc pas seulement une loi de crédit hypothécaire, elle était en outre une mesure propre à restreindre dans l'intérêt de la famille la faculté du donateur de disposer à titre gratuit. La conséquence de ce double objet, c'est d'abord que la formalité de l'insinuation était applicable non pas seulement aux dispositions d'immeubles, comme le sont en général les lois de crédit hypothécaire, mais aussi aux dispositions des meubles. Au contraire, le défaut de transcription, pense-t-on généralement, ne peut être, d'après le code civil, opposé au donataire par les héritiers du donateur ; la transcription n'a donc pas été organisée dans notre droit pour protéger la famille, mais seulement les ayant-cause à titre particulier du donateur ;

aussi est-elle exigée seulement dans les transmissions de droits réels susceptibles d'hypothèques et non pas dans les donations mobilières, comme l'était l'ancienne insinuation. Enfin nouvelle différence, laquelle constitue une seconde conséquence du double objet de l'insinuation en droit romain, c'est que la transcription, dans l'état actuel de notre droit, s'applique aussi bien aux actes à titre onéreux qu'aux actes à titre gratuit ; l'insinuation, au contraire, ayant pour but de protéger les héritiers aussi bien que les créanciers et les tiers acquéreurs, n'a jamais été en usage qu'à l'occasion des dispositions à titre gratuit, par cette raison que, dans une transmission à titre onéreux, la nécessité d'une protection spéciale pour la famille ne se fait pas sentir.

L'étude sur les formes des donations en droit romain peut se diviser en trois périodes bien distinctes : d'abord la période comprise entre les origines du droit romain et la loi Cincia. En second lieu, le régime organisé par la loi Cincia. En troisième lieu, la législation telle qu'elle fut organisée par l'introduction de l'insinuation.

I. — PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA LOI CINCIA.

A cette époque, parler des formes des donations en droit romain semble en quelque sorte contradictoire, car la donation n'a pas encore de formes spéciales, elle n'est pas alors un mode d'acquérir, un *genus acquisitionis*, comme on la trouve à la fin du droit romain et dans notre droit moderne. La simple convention de donner n'engendre ni un droit, ni une action pour le faire valoir, *ex pacto actio non vascitur*. On peut faire une donation par tous les modes que la pratique a organisés soit pour acquérir un droit de propriété, soit pour devenir créancier ; on emprunte à cet effet les mêmes modes que s'il s'agissait d'un acte à titre onéreux. Ce n'est que fort tard que le pacte de donation a été sanctionné par Justinien. Jusqu'à cet empereur, ce qui distingue la donation de l'acte à titre onéreux, ce n'est pas la manière dont la donation se réalise ; c'est uniquement le but poursuivi par les parties qui caractérise la donation ; c'est l'intention chez le donateur de se dépouiller gratuitement au profit d'une autre personne : donc, du côté du donateur, intention de faire une libéralité, aliénation d'un droit et appauvrissement à la suite de cette aliénation ; du côté du donataire, intention de recevoir à titre gratuit et enrichissement à la suite de l'acquisition d'un droit. Voilà les différents élements d'une donation. Ce qui distingue la donation, c'est donc plutôt le caractère économique que son caractère juridique, mais il ne faut pas y chercher un mode original d'acquérir. En conséquence, comme toutes les opérations juridiques qui ont pour objet le transfert des droits d'un patrimoine dans un autre, la donation peut se réaliser, soit par un transfert de propriété

en employant ou la *mancipatio*, ou l'*in jure cessio*, ou la tradition, soit par une remise de dette en se servant ou de l'*acceptilatio*, laquelle éteint l'obligation *ipso jure* ou du *pactum de non petendo* qui, tout en laissant subsister dans la plupart des cas l'action civile du donateur, en paralyse l'exercice par une *exceptio doli mali*. D'autres fois pour la perfection de la donation, on emploiera la délégation ou l'*expromissio (L. 34 pr. D. 39, 5)*; ou bien encore on aura recours à la création d'une obligation au profit du donataire au moyen de la *stipulatio* ou du contrat *litteris*, qui mettent au service du donataire une *condictio* contre le succès de laquelle le donateur n'est protégé par le bénéfice d'aucune exception. Enfin, au lieu de donner naissance à un rapport nouveau d'obligation, le donateur peut encore céder sa créance au donataire au moyen de la *procuratio in rem suam*.

Nous retrouverons plus loin, en nous occupant de la législation organisée par la loi Cincia, ces différents modes de faire une donation ; disons seulement dès maintenant un mot de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, lesquelles, en usage dès l'origine du droit, disparaissent peu à peu dans la pratique, à mesure que la législation se simplifie et se débarrasse des rigueurs du formalisme primitif.

Si on veut faire donation d'une *res mancipi*, et on comprenait sous ce nom les choses les plus précieuses d'après les idées de l'époque, on devait avoir recours à la *mancipatio* ou à l'*in jure cessio*.

D'abord la *mancipatio*. Sa forme est des plus solennelles. Le donateur et le donataire se rendent en personne devant une sorte d'officier public appelé *libripens* (porte-balance). Ils se font accompagner de cinq témoins. Il est probable qu'à l'origine chacun de ces cinq témoins devait être choisi dans l'une des cinq classes entre lesquelfes Servius Tullius avait divisé le peuple romain. C'est ce que confirme d'ailleurs une expression de Festus qui,

parlant des témoins qui figurent dans la confection d'un testament, les qualifie de « *Classici testes* », et il n'y a pas de raison bien sérieuse de croire que le caractère de ces témoins ait dû différer, qu'il s'agisse d'une libéralité entre vifs ou d'une libéralité testamentaire. Ainsi réunies et en présence des témoins, les parties ont recours à un luxe de formalités qui sont rapportées par la loi 11. C. J. 8, 54, où il s'agit précisèment d'une donation par translation de propriété. Il se passe alors une sorte de vente ; l'acquéreur, touchant la chose, affirme dans une formule solennelle que la chose lui appartient, et l'aliénateur, qui n'y contredit pas, reçoit en échange un lingot de cuivre en guise de prix. La *mancipatio* ainsi accomplie, si le donateur ne livre pas la chose, le donataire a une action en revendication, et la donation recevra ainsi sa perfection.

Remarquons que la formule de la *mancipatio* excluait toute adjonction d'un terme ou d'une condition ; cette opinion toutefois a été ébranlée par la découverte des §§ 47-50 des *Fragmenta vaticana* ; mais ces §§ 47-50 ne parlent que de la constitution de l'usufruit, droit essentiellement temporaire, et c'est précisément à cause de ce caractère temporaire du droit qu'il est permis d'expliquer la décision de Pomponius rapportée dans ces §§ 47-50 et de la laisser subsister à côté de la décision contraire du jurisconsulte Paul, laquelle paraît générale.

Cette nécessité où se trouve placé par la nature des choses le donateur de se dépouiller immédiatement lui-même est alors la seule restriction apportée à sa liberté de disposer, et ne lui permet pas de faire retomber la libéralité uniquement sur ses héritiers. Ainsi se trouvait atteint, mais dans une certaine mesure seulement, l'un des deux buts que la loi, comme nous l'avons vu en commençant, se propose quand elle entoure la donation de certaines formes, c'est-à-dire la protection de la famille du donateur. Quant à l'autre but, la publicité donnée à la donation dans

l'intérêt du crédit, il se trouvait aussi atteint jusqu'à un certain point par la présence des cinq témoins, figurant à la *mancipatio* et y représentant chacune des cinq classes du peuple romain.

Cette publicité, que sans aucun doute la loi n'avait pas eue spécialement pour objet, mais qui en fait n'en existait pas moins, se retrouve également quand, au lieu d'employer la forme de la *mancipatio*, ou usait de l'*in jure cessio*, laquelle exigeait l'intervention du magistrat et se passait au *forum* où se concentrait alors toute la vie publique du peuple romain, encore resserré dans les limites d'un territoire restreint. Avec l'*in jure cessio*, les formalités sont encore les mêmes pour la donation que pour la translation d'un droit réel à titre onéreux. L'*in jure cessio* est le simulacre d'un procès ; les parties se rendent devant le magistrat, le donataire soutient avoir un droit sur la chose que l'on est d'accord de lui transférer à titre de libéralité et, comme le donateur ne contredit pas les prétentions du donataire, le préteur prononce la sentence en faveur de ce dernier.

La *mancipatio* ne pouvait être employée que s'il s'agissait de transférer la propriété d'une *res mancipi* ou de constituer une servitude rurale en Italie. S'il s'agissait d'une *res nec mancipi*, on avait recours à l'*in jure cessio* ou à la tradition. Toutefois, si on avait employé la tradition pour transférer la propriété d'une *res mancipi*, cette translation, bien qu'incomplète, n'aurait néanmoins pas été dénuée d'effet juridique, car la tradition servait alors de *justa causa* pour l'usucapion. Il en eut été de même, si le *tradens* n'avait pas été propriétaire ; la tradition, émanant d'un *non dominus*, suffisait pour fonder l'usucapion.

Après que la convention de donner une *res mancipi* a été suivie de la tradition, le donateur conserve sans doute la propriété *ex jure quiritium*, mais le donataire a acquis la propriété bonitaire, et si le donateur intente contre lui la revendication, il le repoussera par l'*exceptio rei donatæ et traditæ*.

En résumé, dans les premiers temps de Rome, la donation n'a pas de formes qui lui soient propres; elle se réalise par les mêmes modes que ceux employés dans les actes à titre onéreux et reçoit une publicité incomplète par l'emploi des formes solennelles de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*.

II. — LOI CINCIA.

Historique de la loi Cincia. — La loi Cincia remonte à l'an 549 ou 550 de la fondation de Rome; sans pouvoir préciser sa date d'une manière certaine, il est constant qu'elle était déjà en vigueur en l'an 555, car Tite-Live, dans un discours remontant à cette date, qu'il met dans la bouche de Caton, en parle comme d'une loi existante. Il paraît qu'elle fut due à l'initiative du tribun Cincius Alimentus et fut votée grâce à l'appui que lui apporta dans les comices par tribus la parole éloquente de Caton ; c'est du moins ce que Cicéron laisse croire dans son traité *de senectute* ch. 4. Ce qui est certain, c'est qu'elle fait partie d'une série de mesures législatives qui furent prises dans le cours du VIe siècle pour restreindre la corruption qui, dès cette époque, faisait invasion dans les mœurs de la société romaine. Rome alors avait étendu ses conquêtes, le commerce en se développant avait excité un amour passionné de l'argent, l'appétit des richesses avait augmenté avec le désir immodéré du bien-être, le luxe s'était généralisé, le dérèglement des mœurs avait envahi les classes supérieures et, pour satisfaire leurs passions, des citoyens avides cherchaient à capter les fortunes en se faisant gratifier de libéralités excessives.

La famille, protégée avec soin contre les libéralités testamentaires, fut au contraire pendant longtemps dépouillée de toute protection à l'encontre des donations entre-vifs. La *querela inofficiosi testamenti*, mesure législative dont il n'est pas facile de préciser exactement la date, mais qui existait certainement dans les derniers temps de la République, puisque Cicéron en fait mention dans sa deuxième harangue contre Verrès (I, 42) ne

s'appliquait pas aux donations entre-vifs, mais seulement aux testaments et de plus, quand l'un des parents héritiers avait droit à la *querela* pour faire tomber le testament qui le dépouillait, les biens donnés entre-vifs n'étaient pas comptés dans la masse sur laquelle se calculait la légitime ; enfin si le légitimaire avait reçu des biens entre-vifs, il n'était pas tenu d'en imputer la valeur sur la quarte à laquelle il avait droit. — La loi Cincia fut le premier obstacle apporté à la liberté de dépouiller la famille par des donations entre-vifs. Nous verrons bientôt que les auteurs de cette loi n'ont atteint que d'une manière incomplète le but qu'ils s'étaient proposé ; mais il faut auparavant dire un mot de la première partie de la loi Cincia, qui contenait des dispositions d'ordre public dont il est nécessaire de parler, avant d'aborder la seconde partie, laquelle seule rentre directement dans le cadre de cette étude.

Dispositions d'ordre public de la loi Cincia. — Tacite (*de annalibus*, ch. V) nous signale la loi Cincia comme ayant interdit aux avocats de recevoir des honoraires de leurs clients. Une telle disposition légale, qui aujourd'hui paraîtrait étrange, s'explique si on se rend compte des circonstances politiques au milieu desquelles elle a été édictée. Primitivement, à Rome, la société était divisée en deux classes bien distinctes ; les patriciens devaient défendre en justice les plébéiens qui s'étaient placés sous leur patronat, c'était une des charges en même temps qu'un des privilèges du patriciat, et les services de cette nature rendus par les Patriciens étaient compensés par les devoirs nombreux qui liaient le client envers le patron.

Mais avec le temps la gratuité primitive de la défense en justice disparaît et les Patriciens, en conservant le monopole de la défense de leurs clients devant la justice, en profitèrent pour prélever sur eux de véritables tributs, et de tels abus se produirent que le tribun Cincius Alimentus, soutenu par Caton, l'ennemi de

la noblesse, fit voter une loi qui défendit aux avocats de recevoir aucune rémunération pour leurs plaidoiries. La loi Cincia fut donc une victoire de la classe inférieure sur la noblesse et elle marque une des principales étapes dans cette longue lutte des plébéiens pour arriver à l'affranchissement.

Il paraît que la loi Cincia eut une existence éphémère. En effet nous voyons, sous le règne d'Auguste, le Sénat, cherchant à mettre un terme aux exigences des avocats, remettre en vigueur la loi Cincia et décréter que l'avocat, qui aurait reçu d'un client un don à titre rémunératoire, serait condamné à la restitution du quadruple. Cette prohibition, renouvelée de la loi Cincia et destinée à lui donner une sanction, ne fut pas plus respectée que ne l'avait été la loi elle-même, car nous lisons dans Tacite (*de Annalibus*, XI, 5, 6, 7,) que, sous l'empereur Claude, un S. C. vint limiter les honoraires des avocats à 10,000 sesterces pour chaque affaire, mais le plaideur, avant de comparaître en justice, devait jurer qu'il n'avait rien payé ni rien promis à son défenseur.

Motifs qui inspirèrent la loi Cincia.— Comme nous venons de le voir, la première partie de la loi Cincia fut conçue sous l'empire d'une idée d'ordre politique, elle fut édictée dans le but de mettre obstacle aux donations que les Patriciens imposaient à leurs clients. Sont-ce les mêmes raisons qui inspirèrent la seconde partie de la loi Cincia et dictèrent au législateur les restrictions qu'il apporta aux actes de libéralité entre-vifs? On l'a prétendu.

On a dit que la loi Cincia, dans son second chapitre comme dans le premier, a eu pour but de mettre un terme aux excès du patriciat et plus spécialement, d'empêcher les Patriciens d'acquérir trop d'influence dans les comices. Le peuple romain, en effet, avait été réparti en six classes d'après le chiffre de fortune de chaque citoyen; c'étaient les censeurs qui tous les cinq ans établissaient, par le calcul des fortunes, la classe dans laquelle chacun devait entrer. Or, en l'année

550, à cette époque où la lutte entre la démocratie et l'aristocratie était encore très-vive, la pensée du législateur pouvait être, a-t-on dit, d'empêcher les citoyens riches d'augmenter, par des libéralités intéressées, le patrimoine de leurs clients et de faire ainsi passer les citoyens pauvres des centuries d'une classe inférieure dans celles d'une classe supérieure, où ils auraient servi d'une manière plus efficace les intérêts de l'aristocratie. Tel aurait été l'esprit qui aurait présidé à la rédaction de la deuxième partie de la loi Cincia ; sans doute la famille trouvait dans les dispositions de cette loi une garantie contre les libéralités venant anéantir de légitimes espérances, mais ce n'aurait été là qu'un motif secondaire ; la véritable pensée du législateur, s'inspirant d'idées d'un ordre différent, aurait été de détruire, ou tout au moins de paralyser, l'influence toujours croissante des patriciens.

Cette manière de voir s'appuie sur plusieurs raisons dont il n'est pas inutile d'examiner le bien fondé. Ce qui prouve, en premier lieu, a-t-on dit, que les restrictions apportées par la loi Cincia l'ont été non-seulement dans un intérêt de famille, mais aussi et surtout dans un intérêt politique, c'est le caractère en quelque sorte *d'action publique* imprimé à l'exception de la loi Cincia. En effet, d'après le § 266 des fragments du Vatican, ce n'est pas le donateur seul qui peut attaquer la donation faite *contra legem Cinciam*, mais une personne quelconque, « *etiam quivis* », dit Ulpien ; et le même texte qualifie l'*exceptio legis Cinciæ d'exceptio popularis*, montrant par là qu'il s'agit d'un intérêt d'ordre public dont la sauvegarde est remise entre les mains de tous les citoyens. D'où viendrait, en effet, ce caractère d'action quasi-publique ? Assurément ce n'est pas de l'intention du législateur de protéger la famille, autrement ce n'est qu'aux seuls membres de la famille qu'il eût réservé les moyens d'agir.

Une seconde raison se tire de la transformation que subissait

l'*exceptio legis Cinciæ* à la mort du donateur. Le § 266, *Fragm. Vat. in fine* refuse, en effet, cette exception même aux héritiers, aussitôt après le décès du donateur, si celui-ci est décédé en persévérant dans sa volonté de donner, « *si forte durante voluntate decessit donator*; » de même, (§ 294 et 312, *Fragm. Vat.*), Papinien dit : « *exceptionem voluntatis perseverantia doli replicatione perimit.* » On en conclut que la loi Cincia, loin d'avoir pour objet la protection d'un intérêt de famille, s'empresse de confirmer la donation à la mort du donateur, précisément au moment où apparaît l'intérêt de la famille. Ainsi, en donnant à la libéralité son entière perfection à une époque où l'on n'a plus à craindre les abus d'influence politique exercée par le donateur, la loi montre bien que l'entrave apportée à la donation n'a d'autre but que de restreindre le crédit toujours croissant des patriciens, et, en particulier, de les empêcher d'acheter à prix d'argent les votes dans les élections.

Enfin, les partisans de la doctrine que nous examinons trouvent un dernier argument dans le paragraphe 293 *Fragm. Vat.* où il est dit que la loi Cincia n'a pas d'application aux donations de biens provinciaux « *in donatione rei tributoriæ circa exceptam et non exceptam personam legis Cinciæ nulla differentia est,* » et ils découvrent la raison de cette distinction entre les terres italiques et les terres provinciales dans ce fait, que ces dernières n'étaient pas portées sur les registres du cens, et par suite ne comptaient pas pour l'évaluation de la fortune de chaque citoyen (Cicéron, *Pro Flacco*, ch. XXXII). Si la prohibition de la loi Cincia avait été inspirée par l'intérêt de la famille, elle eût frappé les donations de biens provinciaux comme les autres ; mais comme elle était dictée par un intérêt d'ordre politique, cet intérêt venant à disparaître, la prohibition disparaissait à son tour.

Telles sont les principales raisons pour lesquelles on soutient que les dispositions de la loi Cincia, relatives aux donations entre-

vifs, ont été inspirées par un intérêt politique, par le désir de mettre obstacle aux empiètements successifs de la noblesse et d'encourager les aspirations naissantes des plébéiens. Quelque sérieuses que paraissent les considérations sur lesquelles se fonde cette opinion, elles ne nous semblent néanmoins pas décisives. Il est certain que, dans son premier chapitre, la loi Cincia cherche à empêcher les nobles de dépouiller les plébéiens par les libéralités qu'ils imposaient à ces derniers; mais ne serait-il pas bien étrange que, dans son second chapitre, la même loi ait eu précisément pour objet de mettre un frein à la générosité des patriciens? Comment comprendre que le même acte législatif ait cherché tout à la fois à réprimer l'avidité des patriciens et à modérer les excès de leur générosité envers les plébéiens qu'ils dépouillaient d'autre part? Une telle divergence de vue chez le législateur ne semble-t-elle pas contradictoire? Un tel désintéressement chez les patriciens est assurément bien problématique et, en admettant qu'il eût été donné aux contemporains d'en constater quelques rares exemples, il est bien peu probable que des excès de ce genre soient devenus contagieux et de nature à motiver l'intervention législative. S'il en eût été ainsi, les historiens n'eussent pas manqué de mentionner un fait qui devait paraître bien extraordinaire, à cette époque du VIe siècle après la fondation de Rome où l'antagonisme entre les deux classes était si vif et disposait bien faiblement la noblesse à se dépouiller en faveur du peuple. Quoi qu'il en soit de ces considérations, Cincius, tribun du peuple, et Caton, l'adversaire constant du patriciat, n'eussent pas consenti à se faire les promoteurs d'une mesure qui eût tourné au seul profit des patriciens et appauvri les plébéiens. Quant aux arguments invoqués dans l'opinion adverse, ils sont loin d'être sans réplique. Et d'abord il ne faut pas s'étonner que la loi Cincia n'ait pas pas étendu sa sphère d'application sur les biens provinciaux et ait posé, uniquement pour

les immeubles italiques, des conditions particulières à la perfection des donations. On n'admettait pas, en effet, que les citoyens pussent avoir sur les immeubles provinciaux un véritable droit de propriété ; ils ne pouvaient exercer sur eux qu'une propriété précaire et révocable arbitrairement au profit de l'État. Ces biens ne constituaient donc qu'une partie très modique de la fortune publique et il n'y a pas à s'étonner que l'attention du législateur ait été attirée seulement par les *res mancipi*, les seuls éléments importants du patrimoine, les *res pretiosiores* comme les appelle Gaïus, C. 1, § 192 et que, pour ces choses seules, la loi ait exigé le concours de la mancipation et de la tradition, avant de dépouiller irrévocablement le donateur et sa famille.

De même les arguments tirés des § 266, 294 et 312 *Fragm. Vat.* ne sont pas décisifs. Et d'abord il n'est pas exact de dire que l'exception *legis Cinciæ* s'éteignait à la mort du donateur ; au contraire, elle passe à ses héritiers qui pourront repousser l'action du donataire, si le donateur n'a pas persévéré jusqu'à sa mort dans l'intention de donner, « *exceptionem Cinciæ uti potuit non solum ipse... sed et heres ejus, nisi forte durante voluntate decessit donator* » (§ 266, *Fragm. Vat.*); si, au contraire, le donateur a persévéré dans cette intention, le donataire opposera à l'exception *legis Cinciæ* une *replicatio doli*, fondée sur ce qu'il y a dol de la part des héritiers à méconnaître les volontés dernières de leur auteur ; mais, pour triompher, ce sera au donataire à faire la preuve de cette intention du donateur, il aura à prouver contre les héritiers que le donateur a persévéré jusqu'à sa mort dans son esprit de libéralité : « *imperfectam* (*donationem*) *perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet* » (§ 312, *Fragm. Vat.*). Pour établir le bien fondé de la *replicatio doli mali*, le donataire reprend le rôle d'*actor*. La difficulté de faire cette preuve peut quelquefois faire échouer l'action du donataire et c'est pourquoi il y a intérêt à maintenir, après la mort du dona-

teur, le bénéfice de la loi Cincia en faveur des héritiers, puisque l'impossibilité où le donataire peut se trouver de faire la preuve doit assurer le triomphe de l'exception *legis Cinciæ*. Donc il faut interpréter avec une grande réserve l'adage souvent répété et que l'on trouve au § 259 *Fragm. Vat.* « *Morte Cinciæ removetur* », et se bien garder de dire que l'exception *legis Cinciæ* s'éteignait avec le donateur.

Enfin on ne saurait rien conclure du caractère quasi public que certains jurisconsultes avaient tenté de donner à l'*exceptio legis Cinciæ*. Il est certain que non seulement le donateur, mais encore ses ayant-cause universels et à titre particulier pouvaient user de cette exception. Pour le donateur, l'exception était perpétuelle (Ulpien, *Fragm. Vat.* § 266) ; le temps, si prolongé qu'il fût, ne pouvait corroborer la volonté de donner restée imparfaite. Quant aux héritiers, leur accorder l'exception, c'est assurément se conformer à l'esprit de la loi Cincia, puisque, la donation étant imparfaite, les biens donnés ne sont pas sortis du patrimoine du donateur. Il en est de même pour l'ayant-cause à titre particulier ; ainsi supposons qu'une mancipation, non suivie de tradition, soit intervenue *donandi causa*; le donateur fait ensuite tradition de l'objet donné à un acheteur, celui-ci opposera à la revendication du donataire l'*exceptio legis Cinciæ* qui appartenait à son auteur. Mais faut-il aller plus loin et dire avec les Proculéiens que l'*exceptio legis Cinciæ* pourra être opposée au donataire par un individu quelconque, n'eût-il existé entre lui et le donateur aucun rapport juridique ? Ainsi une donation a été faite au moyen d'une mancipation, non suivie de tradition, puis le donateur vient à perdre la possession et un étranger s'en empare ; un conflit s'élève alors entre cet étranger et le donataire, qui des deux va triompher ? Les Proculéiens admettaient cet étranger à opposer l'*exceptio legis Cinciæ* à la revendication du donataire : « *etiam quivis*, dit Ulpien, comme si cette exception était populaire,

quasi popularis sit hæc exceptio » (*Fragm. Vat.* § 266). C'était là certainement exagérer la portée de la loi Cincia, qui n'a eu pour but que de protéger l'intérêt du donateur, lequel n'est pas en cause dans ce débat, et il eût été plus logique de préférer à un étranger le donataire qui du moins avait reçu le témoignage, imparfait il est vrai, d'une intention libérale à son égard. Aussi cette doctrine des Proculéiens était-elle vivement combattue par les Sabiniens et elle rencontrait des adversaires même au sein de l'école proculéienne, puisque Celsus, quoique appartenant à cette école, donne une décision contraire à propos d'une donation ayant eu lieu par voie de délégation (L. 21, § 1, D. 39, 5.). Il serait donc téméraire de vouloir tirer de ce prétendu caractère public de l'action engendrée par la loi Cincia des conclusions que contredisent les autres parties de l'œuvre du législateur.

En résumé, nous voyons que l'idée qui inspira la seconde partie de la loi Cincia n'est pas, comme dans la première partie, une idée d'ordre politique. Ce qui préoccupe ici le législateur, c'est la protection de l'intérêt privé. Il cherche à prémunir le donateur contre des entraînements passagers et à le mettre en garde contre les donations qu'il peut se laisser aller à consentir sous l'empire de la passion, et pour cela la loi exige de lui une manifestation certaine de sa volonté de donner. Il faut, pour la perfection de la donation, que le donateur se soit dépouillé d'une manière qui ne laisse aucun doute sur son intention, et, quand cette intention n'est pas manifeste, on lui accorde la possibilité de réfléchir et de reprendre ce qu'il a donné. La loi ne va pas jusqu'à interdire les donations d'une manière absolue, mais elle exige des actes qui soient la preuve d'une volonté bien arrêtée, afin de s'assurer que les libéralités ne sont pas consenties avec précipitation. En prémunissant ainsi le donateur contre sa propre faiblesse, on protège aussi les intérêts de la famille par la conservation des biens dans les patrimoines. Considérée sous ce dernier rapport,

c'est-à-dire comme une sauvegarde des intérêts de la famille, la loi Cincia peut être regardée comme la première manifestation de l'idée qui plus tard dicta la règle « donner et retenir ne vaut », si importante dans notre ancien droit et dans notre Code civil. Mais la loi romaine, tout en entrant dans cette voie, n'est pas allée aussi loin que législateur moderne ; en effet, la règle « donner et retenir ne vaut » signifie que le donateur ne peut dépouiller sa famille sans se dépouiller lui-même et exige que, pour faire une donation, il préfère le donataire non-seulement à ses héritiers, mais encore à lui-même ; tandis que la loi Cincia, bien que voulant pour la perfection de la donation que le donateur ne se réserve aucun moyen de revenir sur sa libéralité, permet néanmoins, comme nous l'avons vu précédemment, que le donateur persévérant jusqu'à sa mort dans l'intention de donner, prive ses héritiers du bénéfice de l'exception qu'il avait jusqu'à cette époque conservée pour lui-même. Il y a donc analogie dans le but poursuivi par l'une et l'autre législation, c'est-à-dire dans le besoin d'une protection pour le donateur et sa famille, mais il n'y a pas similitude dans les moyens employés ni dans l'efficacité des mesures prescrites. — Il nous reste maintenant à étudier la loi Cincia dans son fonctionnement et à rechercher si cette loi qui, dans l'ordre chronologique, est la première formalité tendant à distinguer les actes à titre gratuit des actes à titre onéreux, a atteint le but proposé d'une manière complète. Nous diviserons cette étude en trois chapitres : 1° Distinction établie par la loi Cincia entre les donations ; 2° Système de la loi Cincia ; 3° Caractères de l'exception *legis Cinciæ*.

CHAPITRE PREMIER. — Distinction établie par la loi Cincia entre les donations

La loi Cincia divise les donations en deux catégories : d'abord celles qu'elle laisse sous l'empire du droit commun et qui continuent à être régies par les règles du droit antérieur. Pour celles-ci, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit plus haut. En deuxième lieu, celles qu'elle soumet à une législation spéciale, c'est-à-dire toutes les donations dont le taux dépasse un certain chiffre, *modus legitimus*, et qui ne sont pas adressées à des *personæ exceptæ*.

Etudions d'abord quel est ce *modus legitimus*, puis en deuxième lieu quelles sont les *personæ exceptæ*. Sur le premier point, on n'est pas d'accord. D'après les uns, le *modus* de la loi Cincia serait le même qui, plus tard, a été fixé pour les donations soumises à la formalité de l'insinuation. Mais cette opinion est peu soutenable. En effet, la loi Cincia et l'insinuation ont été inspirées par des motifs tout différents. Comme nous l'avons vu, la loi Cincia a été édictée tant dans le but de protéger le donateur contre lui-même que de protéger les intérêts de sa propre famille ; on a voulu laisser au donateur un certain temps pour réfléchir sur sa détermination première et lui permettre d'anéantir la donation si, revenu d'un entraînement passager, il regrette les libéralités que, soit par faiblesse, soit par passion, il s'est laissé aller à consentir.

L'insinuation, au contraire, est principalement une mesure de crédit hypothécaire, son but est presque exclusivement économique, elle protège n'ont pas tant le donateur que ses propres ayant-cause. Différant ainsi dans leur but et dans les idées sous l'empire desquelles elles ont pris naissance, ces deux formalités

ne sauraient être assimilées, sans quelque témérité, dans leur mode d'application.

Cette première opinion écartée, il reste en présence trois systèmes entre lesquels il nous serait difficile de prendre parti. Du reste, au point de vue du droit pur, cette question n'offre qu'un intérêt d'un importance tout à fait secondaire. Suivant les uns, le *modus* de la loi Cincia serait le même pour toutes les donations, il serait fixé à un chiffre toujours invariable. Suivant d'autres, il serait une part proportionnelle de la fortune du donateur, il atteindrait une quote part de son patrimoine, variant avec chaque hypothèse particulière ; la loi Cincia aurait ainsi fonctionné dans des conditions d'exercice analogues à celle de la loi Falcidia, qui limitait à un quart du patrimoine la portion des biens dont on ne pouvait disposer par testament. Enfin, d'après un troisième systéme, il y aurait eu non plus un *modus* uniforme, mais bien une série de *modi*, dont la base de répartition aurait été celle qui avait servi à diviser le peuple romain en un certain nombre de classes et chaque classe aurait eu ainsi son *modus legitimus*.

Quoi qu'il en soit de cette question et quelque difficulté que présente la détermination du chiffre auquel la loi Cincia fixait le *modus legitimus*, nous ne saurions éprouver les mêmes hésitations sur le point de savoir quelles *personæ exceptæ* la loi soustrayait à son application. Nous trouvons l'énumération de ces personnes dans les paragraphes 298-309, *Fragm. Vat.* Sont *personæ exceptæ* : 1° Les cognats du donateur jusqu'au cinquième degré inclusivement, et même le *sobrinus* et la *sobrina*, c'est-à-dire les cousins issus de germains ; et non-seulement les cognats, mais aussi tous ceux qui se trouvent sous leur puissance ou sous la puissance desquels ils se trouvent ; 2° les cognats, à quelque degré que ce soit, pourvu que la donation soit faite *dotis causâ* ; 3° les alliés à titre de beau-fils ou de belle-fille (*privignus* et *privigna*) ; mais le beau-père et la belle-mère ne sont pas *per-*

sonæ exceptæ dans les donations qu'ils pourraient recevoir de leur gendre ou de leur bru ; 4° les époux entre eux, ce qui peut surprendre au premier abord si on songe que les donations sont en droit romain prohibées entre époux, mais il est probable que cette prohibition est postérieure à la loi Cincia et, dans le cas contraire, la loi Cincia trouverait encore une sphère d'application assez vaste dans les cas fort nombreux où les donations sont permises entre époux ; 5° enfin le pupille qui reçoit une donation de son tuteur et le patron qui reçoit une donation de son affranchi. La même faveur devait-elle être appliquée aux enfants du patron ? Ce point fut parmi les jurisconsultes l'objet de controverses.

Ainsi donc, à partir de la loi Cincia, les donations, qui tout à la fois dépassent le *modus legitimus* et s'adressent à une *personæ non exceptæ*, sont soumises à des entraves quant à leur perfection. L'acte réalisé en vue de transférer la propriété ou de créer ou éteindre un rapport d'obligation à titre gratuit, ne suffit pas toujours pour dépouiller le donateur au profit du donataire. Ce n'est pas à dire que les donations excessives sont prohibées d'une manière absolue ; après comme avant la loi Cincia, on peut encore faire des donations supérieures au *modus legitimus*, et ces donations ne seront ni frappées de nullité, ni soumises à la réduction ; mais il faut, pour arriver à leur perfection, un concours de circonstances tel qu'il ne reste, aux mains du donateur, aucun moyen légal, soit une action, soit une exception, pour ressaisir ce qu'il a donné.

Maintenant que nous connaissons les donations auxquelles s'applique la loi Cincia, nous allons étudier les modifications qu'elle apporte au droit antérieur et développer le système qu'elle organise.

CHAPITRE II. — Système organisé par la loi Cincia

Il convient de distinguer quatre hypothèses, suivant que la donation se réalise : 1° par une dation ou translation de propriété ; 2° ou par voie de promesse ; 3° ou par une remise de dette ; 4° ou par une délégation.

I. Donation par voie de dation. — Ici encore, une sous-distinction est nécessaire, suivant qu'il s'agit de transférer la propriété : 1° soit d'un immeuble ; 2° soit d'un meuble ; 3° soit d'une *res mancipi* ; 4° soit, enfin, d'une *res nec mancipi*.

Premier cas. — Soit un immeuble *mancipi*, c'est-à-dire un fonds italique. On sait que la tradition, à elle seule, est impuissante à opérer le transfert de la propriété d'une *res mancipi* ; il faut un mode de droit civil, *mancipatio* ou *cessio in jure*. Ces deux modes de transférer la propriété sont d'une exécution facile et rapide, il suffit que le donateur, présent à l'acte solennel, y ait donné son consentement ; mais comme il peut arriver qu'il n'ait alors cédé qu'à un mouvement irréfléchi ou obéi à l'entraînement ou à la passion, le législateur vient à son secours et, avant de statuer sur la perfection de la donation, il veut s'assurer si le donateur persévère dans sa volonté de donner. Ainsi, après avoir mancipé l'immeuble ou fait la *cessio in jure*, le donateur consent-il à se dessaisir de la possession, il manifeste par la tradition qu'il fait l'énergie de sa volonté, il rompt les derniers liens qui l'unissaient à l'objet, la donation est parfaite. Mais si le donateur a simplement mancipé l'immeuble sans en effectuer la tradition, le donataire est bien devenu propriétaire *ex jure quiritium*, mais comme, pour se faire mettre en possession, il lui faudra intenter l'action en revendication, c'est alors que le donateur lui opposera l'exception de la loi Cincia et que finalement il triom-

phera. De même, si l'immeuble a été seulement livré *donationis causa*, le donateur qui en a conservé la propriété *ex jure quiritium* pourra revendiquer l'immeuble et, si le donataire lui oppose l'exception *rei donatæ et traditæ*, il lui sera répondu par la *replicatio legis Cinciæ*, qui doit assurer le triomphe du donateur (*Fragm. Vat.*, § 310, 311 et 313).

Toutefois remarquons bien que la tradition, non accompagnée de la mancipation, ne sera pas toujours ainsi dépourvue d'effets ; car la tradition faite *causa donationis* engendre une possession qui peut servir de base à l'usucapion. Si donc le donataire a possédé pendant deux ans et s'il réunit d'ailleurs les autres conditions exigées pour l'usucapion, il aura acquis la propriété *ex jure quiritium* et par suite le donateur échouera dans son action en revendication. Cette solution est implicitement contenue dans le § 259. *Fragm. Vat.*, car, s'il en était autrement, pourquoi dans l'espèce prévue qar ce texte relèverait-on cette circonstance que l'usucapion n'était pas encore accomplie à la mort du donataire, si elle ne devait pas lui profiter au cas où elle serait accomplie ? De même le § 293 se prononce formellement pour l'usucapion. Il est vrai que dans ce texte il s'agit uniquement d'objets mobiliers, mais quel motif y aurait-il de décider autrement pour les immeubles et de ne pas généraliser cette solution ? Le donateur, en attendant deux ans pour revendiquer l'immeuble qu'il a livré, ne manifeste-t-il pas la persévérance de sa volonté de donner d'une manière au moins aussi éclatante que s'il s'agissait d'un meuble, auquel cas l'usucapion s'accomplirait après une année seulement?

Quand la loi Cincia exige, pour la perfection de la donation, que la mancipation ou l'*in jure cessio*, consentie par le donateur, soit accompagnée d'une prise de possession par le donataire, il ne suffit pas qu'il y ait eu une prise de possession quelconque, à l'insu ou même contre la volonté du donateur ; la loi veut que celui-ci ait fait volontairement la tradition, elle voit dans ce fait

seul la preuve de la persistance de la volonté de donner. C'est la décision contenue dans la loi 5, § 2, D. 44, 4. *de dol, mal. et met. except.* Le jurisconsulte Paul suppose qu'il y a eu mancipation *donationis causa* mais non suivie de tradition, *si donavi alieni rem, nec tradidero* ; le donataire s'est mis ensuite en possession de la chose donnée, puis il vient à perdre la possession et c'est le donateur lui-même qui la recouvre ; *quid juris?* Si le donataire qui a la propriété *ex jure quiritium* intente l'action en revendication, le donateur lui opposera l'exception *legis Cinciæ* et Paul décide que c'est le donateur qui doit triompher, à moins qu'il n'ait commis un dol ; mais s'il n'a pas de dol à se reprocher, il est protégé par la loi Cincia et la donation demeure imparfaite, bien que le donataire ait eu la possession de la chose.

A propos du cas que nous venons d'examiner et où, après que la mancipation a été faite au donataire, celui-ci s'est mis lui-même en possession, il importe de remarquer que, contrairement à ce que nous verrons se produire en matière de meubles, l'interdit *Uti possidetis* ne peut être d'aucun secours au donateur quand le donataire d'un immeuble s'est emparé lui-même de la possession. En effet, l'interdit *Uti possidetis* assure le triomphe de celle des deux parties qui est en possession au moment de l'émission de l'interdit et, par conséquent, il ne pourrait profiter qu'au donataire, en supposant que celui-ci ne soit entré en possession *nec vi, nec clam, nec prœcario.*

Donc, en résumé, la donation d'un fonds italique n'est parfaite qu'autant qu'à la mancipation ou à *l'in jure cessio* vient se joindre la tradition ou, si la tradition seule a eu lieu, qu'autant que le donataire est devenu propriétaire grâce à l'usucapion, c'est-à-dire après deux ans. Telle est l'économie du système organisé par la loi Cincia ; il importe de faire observer ici que, pour que la protection du donateur fût efficace, il aurait fallu qu'un intervalle de temps séparât la tradition de la mancipation ; sans quoi et si

les deux actes ne sont séparés que par un intervalle de quelques instants, les influences qui dominaient l'esprit du donateur, quand le premier acte s'est accompli, peuvent continuer de le dominer lors de l'accomplissement du second et les précautions prises par le législateur sont dans cette hypothèse à peu près inutiles. L'inconvénient fut encore plus grave et l'inefficacité de la loi Cincia plus sensible, lorsque plus tard on admit en droit romain la possibilité de posséder pour autrui et le constitut passesssoire. Le donateur put dès lors continuer à détenir l'objet donné pour le compte du donataire et il ne fut plus mis ainsi dans la nécessité, pour rendre la donation *perfecta*, de rompre les derniers liens qui l'attachaient à l'objet donné.

Deuxième cas. — Soit un immeuble *nec mancipi*. La loi Cincia n'a pas d'application dans ce cas et, pour la donation des immeubles *nec mancipi*, on continue d'observer les règles du droit primitif. La raison en est que la tradition à elle seule suffit pour transférer la propriété des immeubles *nec mancipi* et, dès qu'elle est effectuée, le donateur n'a conservé sur l'immeuble aucun droit et le donataire n'a besoin d'exercer aucune action ; il ne saurait donc y avoir place pour l'*exceptio* ou la *replicatio legis Cincix* (*Fragm. Vat.* § 293 et 513). *Donatio prædii quod nec mancipi est, traditione solâ perficitur*. On s'explique, du reste, que le législateur ait négligé de s'occuper des immeubles *nec mancipi*, vu le peu d'importance que l'on attachait aux fonds provinciaux, lorsque fut votée la loi Cincia.

Troisième cas. — Soit un meuble *mancipi*. Comme pour les immeubles *mancipi*, il faut qu'à la mancipation ou à l'*in jure cessio* vienne s'ajouter le fait de la tradition ou si la tradition du meuble est seule intervenue, il faut que le donataire ait possédé un assez long temps pour invoquer l'usucapion qui, en matière de meubles, a lieu au bout d'un an. Si donc le meuble a été mancipé ou cédé *in jure* sans être livré, le donateur opposera l'*exceptio*

legis Cinciæ à l'action en revendication du donataire. S'il a été livré et non mancipé, en supposant que le donataire ne puisse invoquer l'usucapion, le donateur le revendiquera et, si on lui oppose l'exception *rei donatæ et traditæ*, il la repoussera par la *replicatio legis Cinciæ*. Mais dans l'hypothèse où le meuble aurait été à la fois mancipé (ou cédé *in jure*) et livré, le donateur ne sera pas encore complètement désarmé, comme s'il s'agissait d'un immeuble *mancipi* ; il trouvera une dernière ressource dans l'interdit *utrubi*. En effet, tant que, dans l'année où il agira, la durée de sa possession sera supérieure à celle du donataire, le donateur pourra rentrer en possession au moyen de l'interdit *utrubi* (*Fr gm. Vat.* § 293 et 311). Une fois rentré en possession, le donateur pourra opposer l'*exceptio legis Cinciæ* à la revendication du denataire : « *In rebus mobilibus*, dit Paul, *etiamsi traditæ sint, exigitur ut et interdicto utrubi superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata, sive nec mancipi tradita sit* » (*Fragm. Vat.* § 311).

Ainsi, et en mettant de côté le cas où l'usucapion serait accomplie, pour que la donation d'un meuble *mancipi* soit parfaite, il faut la réunion des trois conditions suivantes : 1° la mancipation ou l'*in jnre cessio* ; 2° la tradition ; 3° la supériorité du donataire dans l'interdit *utrubi*.

Il résulte de cette complication apportée par l'emploi de l'interdit *utrubi* que la donation d'un meuble est bien plus difficilement réalisable que celle d'un immeuble.

Cette anomalie n'est pas le résultat de quelque disposition précise de la loi Cincia, mais elle découle des principes qui régissent la possession des meubles, comme le dit le § 293, *Frag. Vat.* « *propter ejusdem interdicti potestatem.* » Elle est plutôt l'œuvre des efforts de la jurisprudence que de la loi elle-même ; mais néanmoins il n'est pas impossible de justifier cette jurisprudence, du moins quand il s'agit de meubles *mancipi* qui ont été simple-

ment livrés *donationis causâ* sans que la mancipation soit intervenue. Car on peut dire, dans cette hypothèse, que la volonté du donateur est restée incomplète, qu'elle ne s'est manifestée que par une exécution partielle et que, la mancipation n'étant pas intervenue, le donateur ne s'est jamais considéré comme complètement dépouillé, ou tout au moins qu'il n'a cédé en consentant la tradition qu'à l'entraînement du moment. De là à lui accorder l'interdit pour ressaisir la possession il n'y avait qu'un pas à franchir et les jurisconsultes, complétant l'œuvre du legislateur, l'ont franchi. Mais la justification de la jurisprudence n'est pas aussi facile dans l'hypothèse où la mancipation et la tradition sont intervenues pour réaliser la donation ; l'interdit *utrubi* accordé au donateur dans de telles conditions est complètement détourné de sa destination primitive, qui est de ne pouvoir jamais être invoqué par celui qui volontairement et de son plein gré s'est ressaisi de la possession ; sans quoi, il n'y aurait jamais pour les meubles de tradition sérieuse possible. Au fond, il y a là une subtilité en désaccord avec le bon sens et que l'on ne peut expliquer que par la défaveur dans laquelle étaient tenues les donations à Rome au temps de la loi Cincia. Si, antérieurement à cette loi, on n'avait pas songé à accorder au donateur le bénéfice de l'interdit *utrubi* pour rentrer en possession d'un meuble mancipé et livré *donationis causâ*, c'est que l'interdit *utrubi* invoqué par le donateur eût été repoussé par une exception de dol ; mais, à partir de la loi Cincia, si à l'interdit *utrubi* invoqué par le donateur le donataire oppose l'exception de dol, il sera répondu par la *replicatio legis Cinciæ* et finalement le débat tournera au bénéfice du donateur.

Quatrième cas. — Soit un meuble *nec mancipi*. La tradition est nécessaire et suffisante pour investir le donataire de la propriété, mais là encore pour être en parfaite sécurité, il faut que le donataire puisse triompher du donateur dans l'interdit *Utrubi*

en lui opposant une possession supérieure à la sienne pendant l'année de l'émission de l'interdit. En somme, la donation d'un meuble soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, ne sera immédiatement parfaite que dans le cas où le donateur n'aurait jamais possédé la chose avant de faire la tradition. Il importe aussi de remarquer qu'il est des meubles pour la possession desquels l'emploi de l'interdit *Utrubi* ne pourrait avoir d'application, ce sont ceux qui ne peuvent être déterminés comme corps certains, tel est l'argent. Car le plus souvent le donataire aura confondu l'argent donné avec le sien et la ressource de l'interdit échappera au donateur pour ressaisir la possession de la chose donnée.

II. Donation faite par promesse. — La promesse, faite à titre de donation, peut être ou verbale ou littérale. Supposons qu'elle est intervenue suivant les formes régulières et qu'elle engendre une action. Tant que le paiement n'a pas eu lieu, le donateur peut opposer l'*exceptio legis Cinciæ* à l'action du donataire. Mais si le paiement a eu lieu et que l'obligation a pour objet une *datio*, c'est-à-dire un transfert de propriété, nous retrouvons ici l'application des principes qui régissent les donations par translation de propriété (*Fragm. Vat.* § 311). En conséquence, si la donation a pour objet un immeuble *mancipi*, il faut que la promesse soit suivie de la mancipation et de la tradition ; si elle a pour objet un immeuble *nec mancipi*, une simple tradition suffit ; et enfin, s'il s'agit d'une donation de meubles, il faut ajouter à toutes les conditions précédentes celle d'une possession du donataire assez prolongée pour qu'il puisse triompher dans l'interdit *Utrubi*.

Malgré la réunion de ces conditions multiples, il est pourtant encore un cas où le donataire ne sera pas en complète sécurité, c'est celui où le paiement fait en exécution de la promesse a eu lieu par erreur. Alors le donateur pourra obtenir la *conditio indebiti*, s'il en réunit d'ailleurs les autres conditions. En principe

l'erreur de fait seule peut être invoquée pour l'exercice de la *condictio indebiti* et, spécialement dans notre matière, elle peut se produire sous plusieurs formes ; ainsi le donateur aura cru que sa libéralité s'adressait à une *personæ excepta*, ou bien qu'elle ne dépassait pas le *modus legitimus*.

Mais qu'arrivera-t-il si, en exécution de la promesse, le paiement a été fait sans erreur ? Nous supposons, bien entendu, que la *datio* qui était l'objet de l'obligation a été faite dans des conditions telles que le donateur ne puisse en aucun cas invoquer l'*exceptio* ou la *replicatio legis Cinciæ ;* la donation sera-t-elle rendue parfaite par ce paiement ? Le doute sur cette question vient du § 266, *Fragm. Vat.* où l'on lit : « *Indebitum (non) solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est, perpetuam exceptionem : quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit : Undè si quis contrà legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse ; nam semper exceptione Cinciæ uti potuit...* » Ce qui signifie : il y a paiement de l'indû non seulement lorsqu'il n'était rien dû, mais encore lorsque la demande pouvait être repoussée par une exception perpétuelle. Aussi celui qui, protégé par une exception perpétuelle, a néanmoins payé, est admis à répéter. Donc celui qui, obligé contrairement à la loi Cincia, aura payé, pourra répéter, car il peut toujours user de l'exception *Cinciæ*. Ce texte accorde incontestablement au donateur une action en répétition, mais quelle est la nature de cette action ; s'agit-il de la *condictio indebiti*, ou bien n'est-ce pas plutôt la *condictio ex injustâ causa* que le § 266 accorde au donateur ? Un intérêt considérable s'attache à la solution de cette question ; en effet, la *condictio indebiti* suppose toujours un paiement fait par erreur et, toutes les fois que le paiement a eu lieu sans erreur, le donateur n'a aucune action et la donation est parfaite et inatta-

quable. S'il s'agit au contraire d'une *condictio ex injustâ causa*, — et le texte semble bien autoriser cette opinion, puisqu'il ne suppose nullement que le paiement a eu lieu par erreur, — la donation faite par voie de promesse ne présentera jamais aucune sécurité pour le donataire, du moins tant que le donateur vivra.

Nous pensons que le § 266 ne vise que la *condictio indebiti* et que, par conséquent, toutes les fois que le paiement fait *donationis causa* a lieu sans erreur, la donation devient parfaite. Cette opinion seule est en harmonie avec l'esprit général de la loi Cincia. Qu'a voulu, en effet, le législateur? A-t-il entendu prohiber d'une manière absolue toute donation *ultra modum* et s'adressant à une *persona non excepta*? Non, il soumet la perfection de la libéralité à des conditions nouvelles, il veut que la volonté du donateur soit soumise à des épreuves multiples en exigeant en quelque sorte une réitération de la donation ; mais, ces conditions une fois remplies, la donation devient parfaite. La loi n'est pas allée plus loin, elle aurait pu prohiber la donation *ultra modum*, elle ne l'a pas fait ; il ne serait donc pas exact de dire que la donation excessive repose sur une *injusta causa* et il ne peut pas être question de la *condictio ex injusta causa*. Voilà du moins ce qui est incontestable, quand la donation consiste en une translation de propriété. Est-il donc possible d'admettre que la donation aura pour base une *injusta causa*, lorsqu'elle intervient par voie de promesse? N'y aura-t-il donc un acte licite qu'autant que le donateur n'aura pas précédemment répondu à une stipulation et la précaution, prise par le donataire qui s'est fait faire une promesse, va-t-elle tourner contre lui et permettre au donateur de laisser planer l'incertitude sur le sort de la donation, peut-être jusqu'à sa mort? Il y aurait là une contradiction singulière de la part du législateur, s'il avait consacré des solutions si diamétralement opposées, suivant que l'on rencontrerait, ou non, l'antécédent d'une stipulation. Pour admettre qu'il ait

suivi deux systèmes si différents, il faudrait un texte autrement précis que le § 266 ; or ce texte n'existe pas.

D'ailleurs le § 266 peut facilement s'expliquer dans notre doctrine. D'après les principes généraux, trois conditions sont exigées pour l'exercice de la *condictio indebiti ;* il faut : 1° qu'il y ait indû ; 2° que le paiement ait eu lieu par erreur; 5° que la prétendue dette que l'on a voulu payer ne soit pas de celles qui exposent le débiteur récalcitrant à être condamné au double. Or, en examinant le § 266, on peut se convaincre qu'Ulpien s'occupe de la première condition seule, l'indû; il néglige l'examen des deux autres et, dans l'espèce qu'il prévoit, il sous-entend qu'il y a eu erreur. Cette manière de voir ne peut, au reste, faire aucun doute, si on compare le § 266 avec un autre texte d'Ulpien, la loi 26, § 3. D. 12, 6, *de condictione indebiti*, sur le sens de laquelle il n'y a aucune hésitation possible. Voici ce texte : « *Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino debebatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat : quare hoc quoque repeti potest* ». Ce qui signifie : « il y a paiement de l'indû non seulement lorsqu'il n'était rien dû, mais encore lorsque la dette pouvait être repoussée par une exception perpétuelle ». On le voit, ce sont presque les mêmes termes dont se sert Ulpien dans les deux textes et par conséquent la pensée est identique. Or, dans la loi 26, il ne peut s'agir d'aucune autre *condictio* que de la *condictio indebiti*, laquelle suppose nécessairement l'erreur. Donc il s'agit aussi de la *condictio indebiti* et non de la *condictio ex injusta causa* dans le § 266, lequel n'est que l'application du principe général à l'hypothèse particulière fournie par la loi Cincia. Et du reste il suffirait que le texte pût faire doute et s'appliquer aussi bien à l'une qu'à l'autre *condictio* pour que nous choisissions la solution la plus conforme à l'ensemble des textes sur la loi Cincia et à l'esprit général de cette œuvre législative (Accarias, t. 1, page 709, note 3).

Enfin le § 311 *Frag. Vat.* apporte à l'appui de cette doctrine un sérieux argument. On y lit en effet : *In persona non excepta sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus, etiamsi traditæ sint, exigitur ut et interdicto Utrubi superior sit is, cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita* ». Que conclure de là ? La donation, nous dit-on, est imparfaite quand il n'est intervenu que la mancipation seule ou qu'une simple promesse. Que faut-il donc pour la rendre parfaite ? La suite du texte va nous l'apprendre ; il faut en outre, s'il s'agit d'une chose *mancipi*, que la mancipation et la tradition aient été effectuées, et enfin, s'il s'agit de meubles, il faut que le donataire puisse triompher dans l'interdit *Utrubi*.

Mais, ces conditions remplies, la donation sera parfaite, aussi bien la donation faite par voie de promesse que la donation faite par voie de dation, car le texte, comprenant dans sa première phrase ces deux sortes de donations, doit nécessairement les comprendre dans la seconde. Et cela est très logique ; que servirait, en effet, d'avoir eu recours à la mancipation et à la tradition, de triompher dans l'interdit *utrubi*, si malgré l'accomplissement de toutes ces conditions la donation faite par voie de promesse pouvait encore être attaquée par la *condictio ex injusta causa*, si elle n'était pas encore parfaite. Or, le § 311 dit que, ces conditions accomplies, elle ne peut plus être attaquée. Donc le paiement fait dans les conditions énumérées ci-dessus rend la donation parfaite et, à moins que l'erreur n'ouvre la porte à la *condictio indebiti*, la libéralité sera inattaquable.

III. Donation par voie de remise de dette. — Il faut supposer qu'un créancier veut abandonner ses droits à son débiteur à titre de pure libéralité. Il pourra intervenir entre eux soit une acceptilation, soit un pacte *de non petendo*. Par l'*acceptilatio*, la dette est éteinte de plein droit (L. 17, D., 39, 5), par suite, la loi Cincia ne peut être ici d'aucune utilité, puisque, toute action

ayant disparu, on n'aura jamais besoin pour la repousser ni d'une exception, ni d'une réplique, les deux seuls moyens que puisse fournir la loi Cincia (L. 2, C. *de accept.*, 8, 44).

Par le pacte *de non petendo*, au contraire, l'action du créancier n'est pas éteinte de plein droit (L. 17, § 1, D. 2, 14), elle est seulement paralysée par une exception de pacte qui est au service du débiteur ; mais si la donation excède le *modus*, si elle ne s'adresse pas à une *persona excepta*, c'est dans ce cas que la loi Cincia vient au secours du donateur et lui fournit la *replicatio legis Cinciæ* qu'il opposera à l'exception de pacte du donataire et qui, finalement, doit lui assurer la victoire. On voit que le débiteur, à qui le créancier fait remise de sa dette à titre de libéralité, s'il n'intervient entre eux qu'un simple *pactum de non petendo*, ne sera définitivement certain de conserver le bénéfice de la libéralité qu'à la mort du donateur et qu'autant que celui-ci aura persévéré jusqu'à cette époque dans son intention de donner.

IV. Donation par voie de délégation. — L'emploi de la délégation pour faire une donation présente, au point de vue de l'application de la loi Cincia, une particularité remarquable, c'est que pour faire exécuter la donation le donataire n'aura jamais à agir contre l'auteur même de la libéralité et que par suite ce dernier n'aura jamais l'occasion de lui opposer l'exception *legis Cinciæ*. En effet, quel que soit l'aspect sous lequel la délégation se produise, soit que le donateur se constitue débiteur envers le créancier du donataire ; soit que le débiteur du donateur s'engage envers le donataire lui-même ou envers le créancier de celui-ci ; soit enfin que voulant gratifier Pierre je fasse une promesse de donation à Paul auquel Pierre lui-même veut donner de son côté ; dans aucun de ces cas le stipulant n'agira jamais contre le promettant pour lui demander l'accomplissement d'une donation, il n'existera jamais entre lui et son adversaire des rapports de donateur et de donataire. Si donc le donateur et le donataire ne

peuvent jamais se rencontrer personnellement sur le terrain d'un débat judiciaire, l'usage de la *replicatio legis Cinciæ* sera tout aussi inutile au donateur que celui de l'*exceptio*. Ces deux moyens de défense lui seront absolument superflus, car il lui est tout aussi impossible d'actionner le donataire que d'être actionné par lui. Enfin la L. 19 D. *de Donationibus* décide que le délégataire n'aura jamais à subir les exceptions que le délégué aurait pu opposer au délégant. Donc les principes mêmes de la délégation s'opposent à la mise en exercice des moyens de défense créés par la loi Cincia pour protéger le donateur et dès le début la donation est parfaite et inattaquable.

Cette décision résulte d'ailleurs formellement de la loi 2, § 2, D. *de donation.* et de la loi 33, § 3 du même titre. Dans ces deux textes, on suppose le cas de délégation suivant : Primus veut faire une libéralité à Secundus, mais celui-ci, qui, à son tour, veut gratifier Tertius, délègue Primus, lequel s'engage directement envers Tertius. La loi 2 nous dit que, par suite de cet arrangement, la donation est immédiatement parfaite à l'égard de tous: « *Inter omnes donatio perfecta est* » et la loi 33, complétant la même pensée, ajoute qu'après l'engagement contracté par Primus envers Tertius « *perficitur donatio* ». Ce qui ne peut faire de doute, c'est que Tertius exigera de Primus l'exécution de son engagement sans avoir à craindre que celui-ci lui oppose la qualité de donateur, et en effet Tertius n'est pas le donataire de Primus, ce n'est pas lui que Primus a voulu gratifier, c'est Secundus. C'est pour la même raison, c'est-à-dire d'après ce principe que les exceptions que le délégué pourrait opposer au délégant ne sont pas opposables au délégataire, qu'Hermogénien décide que Tertius obtiendra contre Primus une condamnation *in solidum*, sans que Primus puisse opposer la faveur connue sous le nom de bénéfice de compétence, lequel n'appartient au donateur qu'autant qu'il est poursuivi par son propre donataire.

Mais alors se pose la question de savoir si le donateur, contraint de payer, ne doit pas être admis à répéter ce qu'il a payé contre son propre donataire, contre celui qui en définitive a tiré profit de l'engagement contracté *donationis causa*. Ce recours, qui serait accordé au donateur contre le donataire, semble bien résulter de deux textes importants, la loi 21, § 1, *de donationibus* et la loi 5, § 5, *de dol. mal. et met. except.* D. 44, 4, que nous allons examiner.

Dans la loi 21, § 1, le jurisconsulte Celsus suppose le cas où, voulant vous faire une donation qui dépasse le *modus*, je vous délègue mon débiteur. Celui-ci pourra-t-il vous opposer l'exception de donation? Non, décide le jurisconsulte, car la situation est la même que si, m'étant fait payer de mon débiteur, je vous eusse donné cette somme et que vous la lui eussiez prêtée. Mais moi, continue le texte, si mon débiteur ne vous a pas encore payé, j'aurai contre lui une action rescisoire à l'effet de me faire rendre ce qu'il a promis *ultra modum*, de telle sorte qu'il ne restera obligé envers vous que pour le surplus; si au contraire vous vous êtes fait payer de mon débiteur, j'ai contre vous une *condictio* pour ce qui dépasse le *modus* de la loi Cincia. Ainsi, d'après la loi 21, § 1, le donateur a, suivant les cas, une action rescisoire contre le débiteur délégué ou une *condictio* contre le donataire.

Cette décision est d'abord en opposition formelle avec l'esprit général de la loi Cincia qui est de n'accorder jamais au donateur une action pour faire tomber la donation, mais seulement une exception ou une réplique. En outre elle contredit les lois 2, § 2 et 33, § 3, *de donat.*, que nous avons citées ci-dessus et d'après lesquelles l'emploi de la délégation rend la donation parfaite à l'égard de tous les intéressés, donateurs et donataires; en effet, si le donateur a une action rescisoire contre le débiteur qui n'a pas encore payé, ou une *condictio* contre le donataire qui a été

payé, il n'est plus vrai de dire que la donation a été dès le début inattaquable et parfaite *inter omnes personas*.

Plusieurs tentatives ont été faites dans le but d'expliquer la décision de la loi 21, § 1, ou tout au moins de la concilier avec les principes généraux qui dominent la matière. Il y a d'abord un point qui ne fait doute pour personne, c'est que la loi 21, § 1 ne nous est pas parvenue dans son intégralité primitive, telle qu'elle a été écrite par Celsus, mais qu'elle a été remaniée par les compilateurs de Justinien pour la faire concorder avec la théorie plus moderne de l'insinuation. On demeure convaincu de ce fait quand on observe, d'une part, que la loi Cincia ne fait jamais tomber *pour partie seulement* la donation qu'elle atteint ; d'après son système, si le donateur est en mesure de ressaisir ce qu'il a donné, la donation tombe tout entière, mais n'est pas épargnée jusqu'à concurrence d'un certain chiffre.

On remarque d'autre part, au contraire, que si les règles de l'insinuation n'ont pas été observées, la donation est néanmoins valable jusqu'à concurrence de 500 solides ; il y a alors simplement lieu à une action en rescision à l'effet de faire réduire la libéralité dans les limites de ce qui peut être donné. Que conclure de là, si ce n'est que la doctrine exprimée par la loi 21, § 1, ne s'applique pas à la loi Cincia, mais à l'insinuation ; que par conséquent elle ne peut pas être la doctrine de Celsus, qu'il y a là un anachronisme et que l'interpolation est évidente.

Reste à déterminer dans quelles limites le texte a été altéré. Plusieurs explications ont été proposées. D'après les uns, Celsus n'aurait en aucune façon admis l'action rescisoire ou la *condictio* en faveur du donateur et aurait respecté le principe général de la loi Cincia que nous avons trouvé énoncé dans les lois 2, § 2, et 33 § 3, du titre *de donationibus*. La phrase qui fait l'objet de notre difficulté serait entièrement de l'invention des contemporains de Justinien qui l'auraient insérée dans le Digeste à la suite du texte où

Celsus dénie au donateur délégant l'exception *legis Cinciæ*. Cette manière de voir est simple et supprime la difficulté; mais, hâtons-nous de le dire, elle est peu vraisemblable; car il n'est pas dans les habitudes des compilateurs de Justinien de créer un texte de toutes pièces et de le mettre sous le nom d'un jurisconsulte; en outre, nous verrons bientôt que la loi 5, § 5, D. 44, 4, accorde également une *condictio* au donateur dans une hypothèse analogue à la nôtre et il n'y a dans cette dernière loi aucune trace d'interpolation. Il est donc probable que la doctrine qui accorde au donateur l'action rescisoire ou la *condictio* appartient réellement à Celsus et que Justinien s'est borné à la remanier pour la faire concorder avec la théorie de l'insinuation, en ajoutant peut-être à la loi 21, § 1 ces seuls mots : « *In id, quod supra modum legis tibi promisit, in hoc, quod modum legis excedit.* »

Comment alors concilier la doctrine de Celsus avec les principes de la loi Cincia? On a dit que le donateur, en faisant au donataire la délégation de son débiteur, lui fait une espèce de paiement. Or, comme il n'y a aucune raison de ne pas traiter un paiement fictif de la même manière que si le paiement eût été réel, on propose de voir dans la *condictio* dont parle notre texte une *condictio indebiti*. Toutefois il faut, pour admettre cette explication, que le débiteur délégué ait payé le donataire; dans le cas contraire le donateur aurait une action rescisoire contre son ancien débiteur pour faire revivre l'obligation primitive. Pour notre part, nous ne pensons pas que la *condictio indebiti* ait été celle que Celsus avait en vue dans la loi 21; car pour l'exercice de la *condictio indebiti* il faudrait d'abord qu'il y ait eu promesse préalable du donateur envers le donataire de lui faire une libéralité *ultra modum*, et que cette promesse ait été exécutée au moyen de la délégation; il faudrait, en second lieu, que cette promesse ait été exécutée par erreur, dans l'ignorance, par exemple, où se fût trouvé le donateur de la protection que lui ac-

cordait la loi Cincia ; dans ces conditions seulement, il serait possible de considérer la délégation comme un paiement fictif et par conséquent de parler de la *condictio indebiti*. Mais il faut avouer que ce système repose sur des conjectures peu admissibles ; il suppose deux conditions, une promesse préalable et une erreur, dont le texte ne fait nullement mention ! Faut-il admettre que Celsus ait parlé de ces deux conditions dans son texte primitif et que Justinien les ait supprimées dans le remaniement qu'il fit subir au texte ? Nous voulons bien accepter que Justinien, cherchant à faire concorder ce texte avec la théorie de l'insinuation, ait supprimé la mention de l'erreur, mais pour quel motif aurait-il également passé sous silence la condition d'une promesse préalable ? C'est là pourtant une condition fort indifférente pour l'application de la théorie de l'insinuation. Nous aimons mieux croire que Celsus a statué dans ce texte sur un cas qui était resté en dehors des prévisions de la loi Cincia. Il est très possible, en effet, que la donation par délégation, qui est une opération un peu compliquée et qui par suite doit avoir été introduite assez tard dans la pratique, n'ait pas attiré l'attention des auteurs de la loi Cincia. Or, les jurisconsultes, voyant que le donateur qui fait une donation en déléguant son débiteur était laissé sans protection et n'avait pas, comme dans les autres cas de donation, une exception ou une réplique à son service, auraient cherché à lui venir en aide et lui auraient accordé une action rescisoire ou la *condictio ex injusta causa*. C'était là une dérogation à la loi Cincia, mais une dérogation inspirée, comme cette loi elle-même, par le désir de protéger le donateur. Ce n'en était pas moins une décision de faveur, peut-être même était-ce la simple expression d'une opinion personnelle à quelques jurisconsultes au nombre desquels était Celsus ; quoi qu'il en soit, l'application de cette doctrine devait certainement être restreinte dans les limites étroites de l'hypothèse prévue (Gide, *De la délégation*, not. 3, pag. 412).

Le second texte que nous ayons à étudier, la loi 5, § 5, D., 44, 4, suppose le cas de délégation où le donateur s'engage envers le créancier du donataire et décide que le donateur ne peut opposer à ce créancier l'exception *legis Cinciæ*. Car, continue le texte, le créancier ne fait que réclamer son dû, mais le donateur pourra agir par la *condictio* contre le donataire, pour qu'il le libère de son obligation ou, dans le cas où il aurait déjà payé, pour qu'il l'indemnise. Ce texte contient une décision à peu près analogue à celle que nous venons d'étudier dans la loi 21, § 1, mais il diffère de cette loi en ce que la *condictio* qu'il accorde est exercée, non pas seulement pour la partie de la donation excédant le *modus*, mais en ce qu'elle atteint la donation dans son entier. Cette *condictio* se rapproche donc plus de la nature des moyens de défense fournis par la loi Cincia et par conséquent ce nouveau texte est moins suspect d'interpolation que le précédent. Comme pour la loi 21, § 1, on a essayé de voir dans la *condictio* dont il s'agit une *condictio indebiti*; pour les mêmes raisons que précédemment, nous n'adopterons pas cette opinion; il faudrait, pour y être amené, que nous trouvions la mention de l'erreur et d'une promesse préalable, conditions que le texte passe sous silence et que l'on ne peut y suppléer sans arbitraire.

Nous préférons prendre à la lettre les lois 21, § 1, *de donat.* et 5, § 5, *de dol. mal. et met. except.* et y voir des décisions de faveur, particulières à la donation par délégation et inspirées par le même esprit qui dicta la loi Cincia. Quel fut en effet le but de cette loi ? Protéger le donateur non pas seulement quand il s'est trompé, hypothèse où la *condictio indebiti* serait admissible, mais encore quand il cède à des entraînements irréfléchis. La donation est donc regardée comme un acte dangereux pour le donateur, aussi décide-t-on qu'une stipulation faite *donandi causa* n'oblige pas le promettant d'une manière irrévocable, mais qu'il peut se dégager au moyen d'une exception. En consé-

quence si quand Primus s'engage à compter à titre de libéralité une certaine somme à Secundus, il est réputé ne pas avoir agi avec assez de réflexion pour être définitivement obligé, pourquoi en serait-il autrement quand, au lieu de promettre à Secundus lui-même, Primus a promis au créancier de Secundus? Est-ce que, dans les rapports du donateur et du donataire, le résultat n'est pas toujours le même dans un cas comme dans l'autre? L'intervention d'un tiers ne peut empêcher, d'une part, Secundus de s'enrichir tout comme si la promesse avait été faite à lui personnellement et, d'autre part, Primus d'éprouver le même préjudice que s'il eût répondu à une stipulation proposée directement par Secundus en personne. Dès que la loi Cincia reconnaissait la nécessité d'une protection pour le donateur qui n'avait fait que répondre à une simple stipulation, il était logique que les jurisconsultes cherchassent à lui accorder la même protection, quand le donataire, tout en restant lui-même le seul et véritable bénéficiaire, aurait eu l'habileté de faire intervenir un tiers à la stipulation.

En terminant, supposons que, au lieu de déléguer son débiteur au donataire, le donateur lui ait cédé sa créance. Ce mode de réaliser une donation ne donnait pas lieu à l'application de la loi Cincia et il n'y a donc pas à examiner dans ce cas si la libéralité excédait ou non le *modus*, si elle s'adressait ou non à une *persona excepta*. En effet il est généralement admis que, se produisant à titre gratuit, la *procuratio in rem suam* n'est autre chose qu'un mandat donné au donataire par le donateur et que, par conséquent, elle est comme tout mandat révocable au gré du mandant, tant que n'est pas intervenu la *litis contestatio*. C'est du reste ce qui résulte clairement des *Frag. Vat.* § 263, *in fine*, où on lit : « *Si nec inchoatis libitus actiones novavit, eam quæ bona sua filiis donavit nihil egisse placuit.* » La donation réalisée par cession de créance ne devenait donc parfaite qu'au-

tant que le débiteur avait payé entre les mains du donataire ou tout au moins que la *litis contestatio* était engagée entre eux, c'est à-dire à une époque où la novation était accomplie. La loi Cincia ne pouvait donc avoir aucune application dans cette hypothèse.

CHAPITRE III. — Caractères des moyens de défense accordés au donateur par la loi Cincia

Nous avons vu par ce qui précède que la loi Cincia n'a pas poussé la protection qu'elle accorde au donateur jusqu'à lui concéder une action directe contre le donataire, pour lui permettre de ressaisir la chose donnée ; elle s'est bornée à mettre à sa disposition une exception ou une réplique. Ce caractère de la loi Cincia est à remarquer, car en général les exceptions sont introduites, non par le droit civil, mais par le droit prétorien ; elles ont pour but de corriger ce que le droit civil a de trop rigoureux, mais comme le préteur n'ose pas modifier ouvertement l'œuvre de la loi, il se contente de créer une exception destinée à favoriser, tempérer ou refuser l'exercice de certains droits. Le législateur, au contraire, n'a pas recours à ces moyens détournés, son rôle est de commander, et, quand il reconnaît un droit, il accorde en général une action pour le faire valoir. Ce n'est cependant pas ce qu'ont jugé à propos de faire les auteurs de la loi Cincia et ce n'est pas sans raison. Si en effet le donateur, au lieu d'une exception ou d'une réplique, avait eu à sa disposition une action, ce n'est plus seulement la perfection de la donation qui fût restée en suspens, c'est son existence même ; au lieu d'une donation imparfaite, c'est une donation nulle et inexistante qui aurait été

le résultat de cette disposition légale et ce n'est pas ce que voulait le législateur ; son but n'est pas de prohiber les donations, même supérieures au *modus legitimus* ou faites à une *persona non excepta*, mais d'en rendre la perfection plus difficile ; tout ce qu'il veut c'est mettre le donateur en garde contre les entraînements de la faiblesse ou de la passion, et pour cela il suffit de lui accorder les moyens de réfléchir et de se rendre compte de ses actes. Le législateur a pensé que l'*exceptio legis Cinciæ* répondait suffisamment à son but ; son systéme est bien simple, il considère la donation comme valable, mais il accorde au donateur sous certaines conditions la liberté de se rétracter (Accarias, t. 1, p. 712, note 3).

Certains interprètes n'en persistent pas moins à regarder la loi Cincia comme une *lex imperfecta* : d'après eux, le législateur aurait voulu prohiber les donations *ultra modum*, mais il aurait négligé de sanctionner cette prohibition par une action en nullité ; aussi, disent-ils, le donateur se trouve dépouillé de tout secours dans le cas où il ne peut plus mettre en mouvement l'exception ou la réplique de la loi Cincia. Cette opinion s'appuie d'abord sur un fragment mutilé des règles d'Ulpien, § 1, *de legibus et moribus* : « *Prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.* » Il n'y a pas à tenir compte de ce texte incomplet qui, dans l'état d'altération où il nous est parvenu, ne nous indique nullement si c'est à dessein que la loi prohibant la donation *ultrà modum* ne l'annule pas ou si, au contraire, ce n'est que par suite d'un oubli que le donateur se trouve, dans certains cas seulement, muni d'une exception ou d'une réplique. Nos adversaires se fondent, en second lieu, sur le § 266., *Fragm. vat.* et les lois 21, § 1, D. *de donat.* et 5, § 5, *de dol. mal. et met. except.* qui, nous l'avons vu précédemment, auraient dans certains cas de donations par délégation accordé au donateur la *condictio ex injustâ causâ* pour lui permettre de re-

prendre sa libéralité, ce qui ne pourrait s'expliquer qu'autant que la loi aurait prohibé la donation *ultrà modum*.

Nous savons ce qu'il faut penser des lois 21, § 1 et 5 § 5 ; nous nous sommes refusé à voir dans ces textes une décision générale, nous croyons bien plutôt qu'il s'agit d'une simple décision d'espèce. Mais, en admettant même qu'il s'agisse dans ces textes de la *conditio ex injustâ causâ*, il est certain que cette *condictio* n'a pas été conférée au donateur par la loi Cincia elle-même ; que la jurisprudence ait tenté de modifier la loi Cincia, nous voulons bien l'admettre, mais ce qu'il faudrait démontrer c'est que ce défaut de sanction fut l'effet d'une négligence du législateur et non pas l'économie d'un plan mûrement combiné. La question reste donc entière. N'est-il donc pas plus rationnel de penser, contrairement à ce que l'on prétend, que l'œuvre du législateur n'est pas restée inachevée ; la négligence ne doit pas être présumée et d'ailleurs, si la loi était restée ainsi imparfaite, le donateur n'aurait-il pas eu de plein droit la *condictio ex lege*. En effet la loi 1, *de condict. ex lege* 13, 2, dit : « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eademlege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* » Enfin plusieurs autres considérations nous portent à croire que la loi Cincia n'est pas ce qu'on peut appeler une *lex imperfecta*. D'abord les § 259, 293 et 294 *Fragm. Vat.* nous enseignent que le donataire qui a reçu une donation *contra Cinciam* peut acquérir la propriété par usucapion, c'est donc que la donation est une *justa causa usucapiendi*, elle n'est donc pas prohibée. En second lieu, le § 266 nous dit que, si le donateur n'a pas persisté jusqu'à sa mort dans son intention de donner, l'exception *legis Cinciæ* peut être opposée par ses héritiers. Cette solution fit doute, il est vrai, et fut l'objet d'un rescrit ; mais si la loi avait prohibé la donation *ultra modum*, la question eût-elle même pu faire difficulté, eût-on pu jamais dire que les héritiers seraient désarmés par cette raison que leur auteur aurait violé la loi pendant un

plus long espace de temps ? Enfin on sait que les jurisconsultes étaient divisés sur le point de savoir si l'*exceptio legis Cinciæ* devait être regardée comme *popularis*, c'est-à-dire si elle pouvait être invoquée par toute personne intéressée. Comment concevoir que la question pût faire doute, si la donation *ultra modum* avait été une donation prohibée. De ce qui précède, nous pouvons donc conclure, en premier lieu, que la loi Cincia n'est pas une loi prohibitive, en ce sens que le but du législateur n'était pas d'interdire d'une manière absolue les donations excessives ; en second lieu, qu'elle n'est pas non plus une loi imparfaite, dépourvue de sanction, mais bien plutôt une œuvre raisonnée dont la portée ne s'étend pas au delà des limites que son auteur s'était tracées.

Un second caractère particulier à l'*exceptio legis Cinciæ*, c'est qu'elle est fondée sur des considérations étrangères à l'équité. En droit romain, les exceptions sont créées en général pour tempérer le rigorisme du droit strict et pour consacrer des solutions plus conformes à l'équité que celles imposées par le droit civil. Il n'en est pourtant pas toujours ainsi et l'exception *legis Cinciæ* peut nous en offrir un exemple. S'il est vrai, en effet, que dans certains cas le donateur a besoin d'être protégé, s'il est vrai que parfois il n'a pas entendu s'interdire toute faculté de revenir sur sa libéralité tant qu'il n'a pas rompu tous les liens qui l'unissent à l'objet donné, il peut arriver pourtant que cette présomption soit contraire à la vérité et que la donation ait eu lieu en parfaite connaissance de cause ; dans cette hypothèse, l'exception n'en sera pas moins invoquée avec succès et le sort de la donation compromis. Dans la pratique romaine, il y avait intérêt à savoir si une exception reposait, ou non, sur des considérations étrangères à l'équité ; en effet, si l'exception avait pour but de faire triompher l'équité, il n'était pas toujours nécessaire de l'insérer dans la formule, le juge la suppléait dans les actions *bonæ fidei*. Mais pour nous cet intérêt ne peut se présenter, car l'exception

legis Cinciæ ne pourra jamais être produite à l'encontre d'une action *bonæ fidei*. En effet, le donateur ne peut avoir à se défendre que contre une *condictio* ou une action en revendication ; or, l'une est une action *stricti juris*, l'autre est une action réelle et par suite est étrangère à la distinction des actions en actions *bonæ fidei* et actions *stricti juris*.

Un troisième caractère de l'exception *legis Cinciæ* c'est, lorsqu'elle est invoquée, de faire tomber la donation pour le tout, et non pas seulement de paralyser le droit du donataire et d'en autoriser l'exercice dans les limites du *modus legitimus*.

C'est ce qui résulte de plusieurs textes, et principalement de la loi 5, § 2 D. 44,4 que nous avons examinée précédemment et qui, dans le cas qu'elle prévoit, annule la donation pour le tout. Il est vrai que la loi 21, § 1, D. 39,5, autorise à dire que la donation est seulement réduite, et non pas annulée pour le tout ; mais nous savons qu'il ne faut pas s'arrêter à ce texte qui, suivant la plupart des auteurs, a subi une altération dont il porte les traces ou qui tout au moins, s'il est authentique, ne peut être que l'expression de l'opinion toute personnelle de son auteur. Et du reste si on se pénètre bien de la pensée qui inspira la loi Cincia, on reconnaît qu'il ne peut s'agir de réduction, que l'exception *legis Cinciæ* est un de ces moyens de défense qui *eximunt reum damnatione* et non pas de ceux qui *minunt damnationem*. En effet, dès que l'on présume que le donateur a manqué de liberté ou qu'il n'a pas suffisamment réfléchi, il est juste que sa volonté demeurée imparfaite soit considérée comme ayant vicié la donation pour le tout, et non pas seulement jusqu'à concurrence d'un certain chiffre.

En quatrième lieu, l'exception *legis Cinciæ* est une exception perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas nécessairement être invoquée dans un certain délai sous peine de déchéance (§ 266, *Fragm. Vat.*). Et rien n'est plus rationnel, car le donateur con-

servant la possession de l'objet donné doit attendre que le donataire agisse contre lui, soit par la *condictio*, soit par la revendication; lui imposer un délai pour l'exercice de son droit de défense, c'eût été le mettre à la merci du donataire qui n'eût pas manqué d'attendre l'expiration de ce délai avant d'engager le débat. Une première conséquence de ce caractère de perpétuité de l'exception est, comme nous l'avons déjà vu (*Fragm. Vat.* § 266, que la *condictio indebiti* pourra encore être exercée après un paiement fait par le donateur dans l'ignorance où il se trouvait du secours fourni par l'exception *legis Cinciæ*. Une seconde conséquence, c'est que, si l'exception a été omise dans la rédaction de la formule, le donateur pourra néanmoins encore, en obtenant la *restitutio in integrum*, invoquer valablement l'exception (Gaïus C. IV, § 125).

Un cinquième caractère de l'exception *legis Cinciæ*, c'est de pouvoir être invoquée non-seulement par le donateur, mais encore par ses ayant-cause universels et à titre particulier. Ainsi la loi 24, D. 39, 5 accorde l'exception *legis Cinciæ*, même malgré le donateur, au fidéjusseur qui a garanti une promesse *ultra modum* faite *donationis causa*. Remarquons qu'accorder l'exception au fidéjusseur, c'était le seul moyen de rendre efficace la protection donnée au donateur ; sans cela le donataire n'eût pas manqué de s'adresser d'abord au fidéjusseur et celui-ci à son tour se serait retourné contre le donateur qui, ne pouvant pas invoquer l'exception dans ses rapports avec le fidéjusseur, se fût trouvé ainsi désarmé. De même, et par analogie de motifs, on doit accorder l'exception au tiers qui a hypothéqué son fonds pour garantie d'une promesse faite *donationis causa*. Nous avons vu précédemment qu'une controverse s'était élevée entre les Proculéiens et les Sabiniens, à propos du caractère quasi public de l'exception *legis Cinciæ* ; les Proculéiens voulaient l'accorder à toute personne intéressée, mais l'opinion contraire finit par triompher.

Un sixième et dernier caractère de l'exception *legis Cinciæ*, c'est d'être transmissible aux héritiers du donateur, mais elle n'a d'efficacité pour eux que si celui-ci, avant sa mort, a manifesté l'intention de revenir sur sa libéralité (*Fragm. Vat.* § 259, 266 et 294). La maxime que l'on rencontre dans les textes « *morto Cincia removetur* » n'est donc vraie que sauf ce tempérament : « *si le donateur, avant sa mort, n'a pas manifesté un changement de volonté.* » Nous avons vu plus haut quel intérêt il y a à dire que l'exception *legis Cinciæ* est transmissible aux héritiers et nous avons reconnu que c'est au donataire à faire la preuve de la persistance de la volonté chez le donateur.

Notons, en terminant, un rapprochement entre les dispositions de la loi Cincia et celles du Code civil. Le législateur romain a jugé à propos de protéger le donateur contre les libéralités irréfléchies, en lui accordant la faculté de se repentir. Mais comme les héritiers du donateur ne subissent pas les mêmes influences que leur auteur, il ne maintient cette protection en leur faveur qu'autant que le donateur a manifesté l'intention de s'en servir pour lui-même ; il ne la juge pas nécessairement indispensable pour les héritiers.

De même notre code a entouré la donation entre-vifs de formalités protectrices de l'intérêt du donateur ; il pousse même la protection au delà de l'acte même de donation, car si les formes prescrites pour la libéralité n'ont pas été accomplies, il défend (article 1339) au donateur de réparer les vices de l'acte par une confirmation tacite ou une exécution volontaire. Les héritiers, au contraire, à l'égard desquels les abus d'influence ne sont plus à redouter, peuvent, par une exécution volontaire, confirmer l'acte de donation émanant de leur auteur et pour lequel les formes prescrites par la loi n'auraient pas été observées. On voit, dans l'une et dans l'autre législation, la loi préoccupée de soustraire le

donateur aux mauvaises influences qui le portent à se dépouiller
mais, dès que le donateur vient à disparaître, la protection qui le
couvrait n'est plus étendue avec la même efficacité au profit de
ses héritiers.

III. — DE L'INSINUATION

Historique. — Pendant les trois premiers siècles de notre ère, la loi Cincia continua de former le droit commun des donations. Un rescrit d'Antonin Caracalla, publié vers l'an 212, a même pour but de délimiter sa sphère d'application et, tranchant la difficulté élevée sur le point de savoir si l'exception *legis Cinciæ* est transmissible aux héritiers, consacre la règle « *Morte Cincia removetur* ». Nulle part dans les textes on ne trouve l'abrogation formelle de cette loi, mais elle tomba peu à peu en désuétude. Une première dérogation à cette loi fut introduite par Antonin-le-Pieux (de 138 à 161) qui, par une constitution dont il est fait mention au Code Théod., loi 4, 8, 12 et aux *Fragm. Vat.* § 249, 268, 297 et 314, décida qu'entre ascendants et descendants la simple convention de donner serait obligatoire, pourvu qu'il ne pût s'élever aucun doute sur l'intention de donner des parties « *ut nulla quæstio voluntatis possit irrepere* ». Cette condition, d'après laquelle la volonté de donner ne devait pas être douteuse, fut interprétée en ce sens que la donation devait être constatée par un écrit remis au donataire. L'innovation d'Antonin consistait donc à dispenser les *liberi et parentes* de la mancipation pour les *res mancipi* et de la tradition pour les *res nec mancipi*, les seules formalités encore exigées sous l'empire de la loi Cincia pour les donations entre *personæ exceptæ*.

Ce n'était là qu'une innovation timide et qui ne concernait qu'un nombre fort restreint de personnes ; mais avec le temps les modifications deviennent plus importantes. C'est, en effet, vers le

commencement du IVe siècle que l'on voit apparaître dans la législation des donations entre-vifs une formalité nouvelle, l'insinuation. Elle fut rendue obligatoire par Constance Chlore (de 305 à 306), mais il est probable que cet empereur ne fit que consacrer un usage adopté par la pratique et c'est bien avant cette époque qu'il faut aller rechercher l'origine de l'insinuation. Depuis longtemps déjà s'était répandu, en matière de donations, l'usage des *professiones apud acta*. C'était une déclaration que les parties allaient faire devant le magistrat de l'intention dans laquelle elles se trouvaient de faire une donation. Cette *professio apud acta*. est mentionnée aux § 266a, 268, 285, 297 et 314 *Fragm. Vat.* ; l'usage en était purement facultatif pour les parties, mais celles-ci assuraient de cette manière à l'acte de donation une sorte d'authenticité qui devait, en cas de contestation, faciliter considérablement la preuve de la donation. Toutefois la formalité de la *professio* présentait encore d'autres avantages : cet usage de se rendre devant le magistrat amenait le donateur à réfléchir sur l'importance de l'acte qu'il faisait ; en outre, il assurait la sincérité de la donation en empêchant toute tentative de captation ou manœuvre dolosive. Ce sont sans doute ces avantages sérieux que voulut consacrer Constance Chlore, quand il rendit obligatoire ce qui auparavant n'était que facultatif. (loi 1, C. Th. 3, 5).

Mais il importe de remarquer ici que l'introduction de l'insinuation comme formalité légale n'eut pas pour effet d'abroger la loi Cincia ; en effet, indépendamment de la nécessité de l'insinuation, on exige encore, pour la perfection de la donation, l'accomplissement des anciennes formalités, la mancipation et la tradition réelle ; c'est ce qui résulte des lois 1, 2, 4, 5, 7 C Th. 8, 12. Enfin les même *personæ exceptæ*, qui sont soustraites à l'application de la loi Cincia, sont également dispensées de la formalité de l'insinuation qui, à leur égard, continue d'être facultative. Toutefois cette faveur accordée aux *personæ exceptæ* devait bientôt prendre

fin. En effet, l'an 323, Constantin rendit un édit célèbre qui supprima la dispense maintenue par Constance Chlore au profit de certaines personnes ; ce point a pu faire doute, il est vrai, mais la difficulté semble tranchée par la loi 5, C. Th. 8, 12 qui, interprétant l'édit de Constantin, en parle comme d'une loi s'appliquant à toutes les donations. Néanmoins là ne se borne pas la réforme introduite dans la matière des donations par l'édit de 323. On peut même dire qu'à partir de cette époque la loi Cincia fut sinon abrogée, du moins qu'elle est tombée en désuétude. Car la législation tend, comme nous l'allons voir, à faire de la donation jusqu'à un certain point un acte original, soumis pour sa perfection à des formalités spéciales.

L'édit de 323 est rapporté au § 249 *Fragm Vat.*, à la loi 1, C. Th. 8, 12 et à la loi 25, C. Just., 8, 54. En premier lieu, l'édit exige la rédaction d'un écrit, il faut que cet écrit soit dressé au vu d'un grand nombre de témoins « *scientibus plurimis* » et contienne le nom du donateur, la désignation de la chose donnée et la mention du droit que le donateur avait sur elle.

Il faut, en second lieu, que la tradition corporelle de la chose donnée ait eu lieu et la constitution exige que cette tradition intervienne en présence des voisins « *vicinatate advocata* » et, s'il s'agit d'immeubles, que le donateur ait par son éloignement, laissé le donataire entrer en possession, « *sedem novo domino patefecerit.* » Enfin une dernière condition est exigée, pour la perfection de la donation, c'est l'insinuation sur les *acta publica.* Le législateur a soin d'énoncer les motifs pour lesquels il prescrit ces différentes formalités et on peut, par l'examen de ces motifs, se convaincre que le but poursuivi diffère de la loi Cincia. Par la rédaction d'un écrit, par la tradition effectuée en présence d'un grand nombre de personnes, par l'insinuation, le législateur veut, dit-il, arriver à fixer l'origine des propriétés, à prévenir les usurpations et les prises de possession violentes, à écarter les fraudes

qui se produisent souvent et ce but, il l'atteint par la plus grande publicité possible donnée à l'acte de donation. Sauvegarder l'intérêt des tiers, c'est là où tendent ses efforts. Quant à protéger la famille et le donateur lui-même contre l'entraînement à consentir des libéralités excessives, il s'en préoccupe bien encore, comme nous le verrons plus tard, mais ce n'est pas là son unique, son principal souci, comme cela avait été celui des auteurs de la loi Cincia. Pour la première fois en droit romain on voit apparaître l'intention de fixer le crédit hypothécaire, on y arrive par la publicité ; comme il y a une grande utilité pour les tiers à connaître les transmissions de droit à titre gratuit, on réalise cette utilité par l'insertion de l'acte de donation sur les registres publics ouverts à qui veut les consulter. Quant à la mancipation et à la tradition, elles avaient autrefois pour objet de forcer le donateur à réfléchir, en lui faisant sentir immédiatement les effets de sa générosité. Si, dans la législation nouvelle, la nécessité de la tradition est maintenue, c'est moins pour s'assurer de la volonté réfléchie du donateur que pour entourer l'acte de donation d'une plus grande publicité, en frappant les yeux des tiers par la manifestation extérieure du changement de propriétaire. Aussi voyons-nous la loi 5, C. Th. 8, 12, dispenser de la tradition réelle les donations entre fiancés que la loi cherche à encourager, tandis qu'on exige la formalité de l'insinuation à l'occasion de toute espèce de donations, même celles intervenant entre fiancés (loi 1, C. Th. 3, 5). De même, l'insinuation est aussi nécessaire pour les donations *inter liberos et parentes* qui, depuis Antonin le Pieux, sont affranchies de la nécessité de la mancipation et de la tradition et sont parfaites par le seul consentement ; on s'était pourtant demandé si elles étaient également dispensées de l'insinuation. Constantin, par une constitution de 331, déclare qu'elles y sont soumises ; et cela n'est que rationnel, car si l'insinuation a pour but de prévenir les fraudes pratiquées à l'égard des créanciers, c'est surtout

quand la donation est concertée entre personnes de la même famille que ces fraudes sont à craindre.

Une question restée douteuse est celle de savoir si l'édit de 323 exigeait la formalité de l'insinuation à peine de nullité de l'acte de donation. C'est une question qui est loin d'être résolue par les textes. Dans le § 249, *Fragm. Vat.*, les derniers mots d'une phrase incomplète sont ceux-ci : « *temere non erit fides accipienda*, » ce qui semble indiquer que le juge a un certain pouvoir d'appréciation pour valider une donation non insinuée « *liberalitas orba publico testimonio*, » car pourquoi lui recommander de ne pas être trop crédule, s'il n'avait pas le pouvoir de valider l'acte soumis à son appréciation? Toutefois nous pensons qu'un texte tronqué est insuffisant pour trancher cette question ; il est, au contraire, à présumer que le législateur ne prescrit tant de formalités pour arriver à la publicité qu'avec l'intention bien arrêtée de faire respecter ses dispositions et de les sanctionner par la nullité. Sinon, à quoi eût-il servi de régler avec tant de soin la publicité des donations, si on avait pu les tenir secrètes sans nul inconvénient? D'ailleurs, sous Justinien, l'insinuation des donations est exigée à peine de nullité, or si d'après l'édit de Constantin cette formalité avait été facultative, les rédacteurs du Code de Justinien en la rendant obligatoire n'eussent pas manqué de dire qu'ils entendaient lui donner une force qu'elle n'avait pas auparavant.

Les prescriptions si nombreuses et si précises de l'édit de Constantin dans le but de réaliser la publicité des donations ne devaient pas dans la suite être maintenues toutes avec la même énergie et le sort de chacune de ces formalités devait être bien différent. Quant aux formalités de la tradition, de l'écrit et du témoignage, il y a une tendance de plus en plus marquée à l'indulgence ; la nécessité de l'insinuation, bien au contraire, est successivement étendue à toutes les donations. Ainsi, en 331, Cons-

tantin, comme nous l'avons déjà dit, y soumet même les donations *inter parentes et liberos* tandis que ces mêmes donations sont dispensées de la tradition par une constitution de l'an 333 (L. 5, C. Th. VIII, 12).

De même, en 415, une constitution (L. 8, C. Th. VIII, 12) avait déclaré insuffisante la tradition résultant de la rétention de l'usufruit par le donateur ; mais deux ans plus tard, cette constitution est abrogée par une autre (loi 9, *eod.*) et désormais la rétention de l'usufruit est considérée comme équivalant à la tradition. — En ce qui touche la rédaction d'un acte écrit, dès l'an 428 cette formalité n'est plus exigée à peine de nullité (loi 29, C. VIII, 54) et peut désormais être remplacée par d'autres moyens de preuve « *et si sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneiis documentis hoc quod geritur comprobatur* — » Enfin quant à la présence des témoins, en 478, Zénon décide par une constitution (loi 31, C. VIII, 54) qu'il n'est plus indispensable de faire intervenir les témoins, pourvu que l'acte de donation soit insinué, « *in donationibus, quæ actis insinuantur, non esse necessarium vicinos vel alios testes adhiberi* »

C'est ainsi que l'insinuation se substitue peu à peu à chacune des autres formalités, dont elle remplit du reste le but à elle seule ; elle est devenue une mesure générale, applicable à toutes les donations. Toutefois, dès l'année 428, la donation *ante nuptias* ne dépassant pas 200 *solidi* avait été dispensée de l'insinuation ; cette exception fut étendue par Justinien, en 529, à toutes les donations inférieures à 300 *solidi*, chiffre qui, en 531, fut porté à 500 *solidi*.

Nature et but de l'insinuation. — S'il est nécessaire que les mutations de propriété en général ne soient pas tenues secrètes, si la publicité des actes translatifs de propriété est à désirer, c'est surtout quand il s'agit d'une donation que le besoin s'en fait sentir. En effet, quand une aliénation à titre onéreux se produit, elle

ne porte pas nécessairement préjudice au crédit de l'aliénateur, puisque l'objet aliéné est remplacé dans son patrimoine soit par la créance du prix, soit par une valeur plus ou moins équivalente ; ses ayant-cause n'en souffrent pas d'une manière bien sensible, quand bien même ils auraient ignoré l'aliénation, car ils ont chance de retrouver l'équivalent de leur gage primitif. Il n'en est certes pas de même, si on se place dans l'hypothèse d'une aliénation à titre gratuit ; rien dans ce cas ne vient prendre dans le patrimoine du donateur la place de l'objet donné. Si la donation est tenue secrète, rien ne vient donner l'éveil aux créanciers qui comptent toujours retrouver intact le gage sur lequel ils ont fondé leur confiance ; cette clandestinité peut donc leur causer un grand tort au point de vue de leur remboursement futur. Quant aux tiers qui postérieurement seraient amenés à traiter avec le donateur, rien non plus ne vient les avertir de l'atteinte portée au crédit de leur cocontractant. Rien enfin, si le donateur vient à mourir, ne détournera ses héritiers d'accepter une succession qu'ils croient avantageuse précisément peut-être à cause de l'ignorance où ils se trouvent de la libéralité.

La publicité des donations ne fut donc pas un besoin qui se fît sentir à une époque plutôt qu'à une autre ; ce fut une nécessité de tous les temps. A Rome, quand, dès l'origine, le peuple était encore resserré dons les limites d'un étroit territoire, les formes solennelles de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* suffisaient à assurer la publicité des donations et, tout en frappant les yeux, elles en perpétuaient la mémoire ; les libéralités du reste étaient assez peu fréquentes à cette époque.

Plus tard, quand disparut tout ce symbolisme suranné, il restait au moins la tradition réelle de la chose donnée ; le donateur, en abandonnant la possession pour en investir le donataire, indiquait à tous que la propriété s'était déplacée et ne continuait plus à résider sur sa tête. Mais on se relâcha bientôt encore des exi-

gences primitives et la nécessité d'une tradition réelle disparut à son tour ; on put dès lors se dispenser de faire une tradition corporelle ; on décida que la rétention d'usufruit par le donateur équivaudrait à la tradition et enfin, sous Justinien, la donation se forma par le seul consentement. Dès lors on peut dire que la transmission de la propriété est occulte.

Il fallait donc remédier à ce défaut de publicité ; c'est pourquoi on chercha un moyen nouveau et on organisa la publicité directe. A cet effet, on établit l'insinuation ; les parties contractantes furent d'abord invitées, plus tard obligées à faire insérer l'acte de donation sur des registres tenus par le magistrat et que tous les intéressés pouvaient consulter à leur gré ; c'est une copie ou une analyse, un protocole de l'acte de donation que l'on dut faire insérer.

Comme dans le début l'insinuation était une formalité facultative, les parties eurent la plus grande latitude sur le choix du magistrat et du lieu où devait avoir lieu l'insinuation ; mais dans la suite les empereurs (L. 3, C. Th. VIII, 12) tendirent à restreindre cette faculté et précisèrent davantage les conditions de l'insinuation, dans le but d'organiser une publicité plus directe et plus certaine. Nous voyons, en effet, d'après la loi 30, C. VIII, 54 qu'à Constantinople les donations faites dans cette ville devront nécessairement y être insinuées devant le *magister census*, quelle que soit d'ailleurs la situation des biens donnés. Dans les Provinces, Justinien (Nov. 15, ch. 3) finit par attribuer uniquement compétence aux *defensores civitatis* pour l'insinuation des donations qui seraient faites dans les villes où siégeaient ces magistrats, et sans qu'on ait à s'inquiéter de la situation des biens donnés.

Il suffit d'ailleurs de lire les considérations dont l'Édit de 323 appuie la réforme qu'il prescrit, pour se convaincre que c'est bien dans le but d'organiser la publicité des mutations à titre gratuit

que l'on introduisit la nécessité de l'insinuation. « Il faudra, dit le texte, consigner toutes ces formalités dans les *acta* du juge. La donation ne pourra ainsi être ignorée de personne. » Et le texte continue : « C'est ainsi que devrait être fixée l'origine des propriétés, car souvent il arrive qu'une possession prolongée l'emporte sur le droit légitime du propriétaire. C'est ainsi que doivent se faire les libéralités honnêtes. Il faut que la donation soit proclamée en tous lieux, « *locis omnibus clamata* », afin que les familles du donateur et du donataire en soient averties, « *accipientium donantiumque familias liberalitatis et gratiæ prædicatione compleat.* » Ainsi ce que l'on cherche avant tout, c'est assurer la publicité de la donation, le texte le répète à satiété ; l'insinuation est une mesure de crédit public, voilà le but principal en vue duquel elle a été instituée.

Mais l'intérêt de la famille apparaît aussi au second plan. On s'était aperçu, en effet, par suite de la pratique de cette formalité, que l'insinuation, d'abord édictée dans un but de publicité, réalisait en outre les avantages de la loi Cincia, laquelle dès lors n'avait plus qu'à disparaître. Par suite de la grande publicité qui se fait autour de la donation, l'insinuation aura quelquefois pour effet de déconcerter l'avidité de ceux qui seraient tentés de provoquer des donations par des manœuvres dolosives ou des pratiques peu avouables ; elle sera un obstacle pour bien des personnes, trop portées peut-être à exploiter la crédulité et la faiblesse en vue de s'enrichir. Le donateur, de son côté, trouvera bien souvent, dans la nécessité de livrer la donation au grand jour de la publicité, un frein à ses emportements et aux suggestions de ses passions ; tout au moins l'obligation de se présenter devant le magistrat sera pour lui une protection et l'amènera sans doute à réfléchir et peut-être à s'arrêter dans la voie de largesses peu honorables. Ainsi donc, assurer la moralité de la donation, garantir l'intérêt du donateur et de sa famille, voilà l'un des avan-

tages secondaires produits par l'introduction de l'insinuation. C'est qu'il s'est rencontré des interprètes qui ont affirmé que la formalité de l'insinuation procède du même esprit que la loi Cincia et que, comme cette loi, son but principal, unique même, serait de mettre un frein aux libéralités excessives dans l'intérêt du donateur et de sa famille. Cette manière de voir est certainement erronée ; ce qui le prouve, c'est que l'insinuation et la loi Cincia furent simultanément en vigueur ; il n'est donc pas exact de dire que l'une fut imaginée pour remplacer l'autre. Et d'ailleurs si dans le début l'insinuation avait eu pour objet de rendre les donations plus difficiles à réaliser, comment admettre que cette formalité eût été facultative ? C'eût été un singulier moyen de provoquer la réflexion chez le donateur que de faire dépendre de sa propre volonté l'accomplissement de ces formalités tutélaires.

Enfin il est incontestable que la protection du donataire n'a pas été non plus étrangère aux considérations qui firent de l'insinuation une formalité légale et obligatoire. Elle assure, en effet, au donataire une preuve authentique de la donation, indépendamment de l'écrit dressé entre les parties, lequel pouvait être perdu ou détruit ; elle le garantit enfin contre les changements de volonté chez le donateur. Protéger le donataire, voilà un autre but secondaire que s'est proposé le législateur en rendant obligatoire l'insinuation des donations.

En résumé, l'obligation de l'insinuation a pour objet principal de faire connaître la donation aux intéressés ; mais accessoirement elle a pour résultat, d'une part, de fournir au donataire une preuve inattaquable pour l'avenir et, d'autre part, d'assurer la moralité de la donation à l'égard du donateur et de sa famille.

CHAPITRE I. — Quelles donations sont soumises a l'insinuation

En principe, toute donation est soumise à la formalité de l'insinuation, à moins que la valeur des objets donnés ne soit inférieure à 500 *solidi* (L. 36, § 3, C. *de donat.*) ou que la loi par une faveur spéciale n'en ait expressément dispensé une libéralité. Telle est la règle générale ; examinons-la dans quelques cas d'application qui peuvent présenter des difficultés ; nous étudierons ensuite les deux exceptions qu'elle comporte.

D'abord l'insinuation est nécessaire, quelque soit la manière dont la donation se réalise. Si un écrit a été rédigé pour constater l'acte de donation, il n'y a pas de difficultés, c'est cet écrit qu'il faudra faire insinuer sur les registres du magistrat. Mais, même dans l'hypothèse contraire, l'insinuation n'en est pas moins indispensable (loi 29, C., VIII, 54). Là où l'embarras commence réellement, c'est quand au lieu de se réaliser par le consentement formel des deux parties contractantes, donateur et donataire, la donation est faite sans le concours du donataire, c'est-à-dire sans contrat, comme lorsque le donateur, dans l'intention de faire une libéralité, paie les dettes du donataire ou bien quand il s'engage au lieu et place d'un débiteur qu'il veut gratifier. On a pu douter qu'il y ait lieu dans ces hypothèses à l'insinuation. Quant à nous, nous pensons que cette formalité est exigée même dans les donations qui se forment sans contrat et ce qui nous porte à le croire, c'est que de telles donations sont prohibées entre époux ; or, en droit romain la prohibition des donations entre époux et l'insinuation sont deux institutions qui sont régies par les mêmes principes généraux, qui subissent en général les mêmes restrictions et il n'y aucune témérité à appliquer à l'une ce qui

est décidé pour l'autre, sauf toutefois les cas où quelque différence entre les deux règles serait formellement prévue par les textes.

Il y a encore d'autres hypothèses où il peut y avoir difficulté, par exemple quand la donation a un caractère rémunératoire, ou quand elle est faite *sub modo*, ou bien enfin quand elle est déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La donation rémunératoire, a-t-on dit, est dispensée de l'insinuation, parce que, en l'analysant, on y trouve en réalité un acte à titre onéreux. Cette opinion n'est guère soutenable en présence des nombreux textes où nous trouvons des cas de donations rémunératoires soumises à l'insinuation (loi 3, § 7, D. XII, 4; loi 65, § 32, D. XII, 6; loi 10, § 13 et loi 12, pr. D. XVII, 1; loi 1, § 19, D. XXXVIII, 5; L. 27, D. XXXIX, 5).

Quand la donation est faite *sub modo*, peu importe que le *modus* soit introduit dans l'intérêt d'un tiers ou dans un intérêt public, ou même dans l'intérêt du donataire ; le *modus* ne change en rien le caractère libéral de l'acte, il n'y a pas moins nécessité de protéger le donateur et d'avertir les tiers intéressés, l'insinuation a donc sa raison d'être. Mais si le *modus* est introduit dans l'intérêt du donateur, nous croyons qu'il y a là un acte partie à titre onéreux et partie à titre gratuit; peut-être même n'y a-t-il pas donation du tout, si la contre-prestation imposée au donataire est l'équivalent du sacrifice fait par le donateur. Il y aura lieu dans ce cas à une estimation et l'insinuation ne sera exigée qu'autant que, déduction faite du sacrifice imposé au donataire, le donateur se sera dépouillé d'une valeur supérieure à 500 *solidi*.

C'est la même décision que nous adopterons dans le cas où les parties ont déguisé la libéralité sous le nom d'un contrat à titre onéreux ; ainsi, par exemple, elles ont déclaré vendre pour 500 *solidi* un fonds qui en vaut mille ; dans ce cas, pas de difficultés ; il y a, de l'aveu même des parties, donation pour 500 *solidi* et

vente pour 500 *solidi* ; il y a là deux contrats distincts et les règles de chacun d'eux doivent être séparément appliquées. De même si la vente a eu lieu *uno nummo*, ou bien si la remise du prix a été faite à l'avance ; dans ces hypothèses, la vente est nulle (loi 36, D. XVIII, 1, et loi 32, § 25, D. XXIV, 1). L'acte est donc une libéralité pour le tout et il faut l'insinuer. Mais que décider dans le cas où les parties, tout en faisant une vente sérieuse et en donnant à leur contrat le nom et la forme de la vente, ont volontairement diminué le prix dans le but de faire une libéralité ? Ce qui est certain, c'est qu'une telle vente est valable (Loi 18, pr. D. XXXIX, 5 et loi 5, § 5, D. XXIV, 1). Ce qui ne l'est pas moins, c'est que la donation qu'elle renferme est prohibée entre époux (même loi 5, § 5 et loi 38, D. XVIII, 1). Que décider quant à la nécessité de l'insinuation ? Nous pensons que l'insinuation est exigée pour la partie de l'opération qui constitue une donation. Nous avons vu, en effet, qu'il y a en droit romain la plus grande analogie dans l'application des règles de l'insinuation et de celles de la prohibition des donations entre époux. D'ailleurs, dans notre espèce, les tiers n'ont-ils pas d'autant plus d'intérêt à être avertis de la diminution du patrimoine du donateur que la donation a été déguisée sous le nom et sous la forme d'une vente ; le donateur n'a-t-il pas également besoin d'être protégé ? L'insinuation est donc nécessaire pour remplir ce double but. Enfin est-ce qu'une remise de dette à titre gratuit ne serait pas soumise à l'insinuation ? Or que rencontrons-nous ici ? une véritable remise de dette ; qu'elle ait lieu avant, après ou en même temps que la vente, peu importe quant au caractère de l'opération juridique.

Des difficultés d'un autre genre peuvent se présenter sur la question de savoir si tel acte, affectant le caractère d'une libéralité, est réellement une donation. Nous devons nous reporter à la définition que nous avons donnée de la donation en commençant : un acte par lequel une personne se dépouille gratuitement et ac-

tuellement au profit d'une autre personne qui en retire un enrichissement. Nous devons aussi surtout nous aider des textes relatifs à la prohibition des donation entre époux, nous rappelant que cette institution marche de pair avec l'insinuation. Ainsi on a pu se demander si celui qui, volontairement, a laissé usucaper son domaine, peut être considéré comme ayant fait une donation en faveur de l'usucapant lequel, nous le supposons, s'est toujours cru le véritable *dominus* et en conséquence si celui, au préjudice de qui l'usucapion s'est accomplie, pourrait prétendre dans la suite, en invoquant le défaut d'insinuation de la donation, que l'usucapion ne peut produire d'effet. Pour nous, nous ne saurions voir dans cette hypothèse une donation, car la donation suppose une aliénation de la part du donateur, or dans notre espèce le propriétaire n'a pas aliéné, il s'est laissé dépouiller par son inaction ; l'acquisition de l'usucapant a pour cause un autre fait auquel l'ancien propriétaire est resté étranger, ce fait est la vente ou la donation consentie à l'usucapant par un tiers qui l'a mis en possession ; il n'y a donc pas là donation.

Toutefois il ne faut admettre cette solution qu'avec la plus grande réserve ; ainsi supposons l'hypothèse suivante : j'ai une servitude sur le fonds de Titius, je la laisse volontairement éteindre par le non usage, je fais ainsi une donation à Titius et, si la valeur de cette servitude excède 500 *soldi*, les règles de l'insinuation sont applicables. C'est du moins ce qu'Ulpien décide (loi 5, § 6, XXIV, 1) à propos de la prohibition entre époux. Et il est naturel d'appliquer cette décision à l'insinuation. D'où vient donc la différence entre ces deux hypothèses qui semblent devoir imposer des solutions identiques. La vérité est que, dans le second cas, c'est à mon inaction seule que Titius doit d'avoir affranchi son fonds de la servitude, tandis que, dans le premier cas, il y a une cause autre que l'inaction du propriétaire qui a contribué à l'usucapion ; cette cause, comme nous l'avons dit, est la vente

ou la donation faite à l'usucapant par un tiers étranger qui l'a mis en possession ; or c'est cette cause que le vrai propriétaire a laissé par son inaction produire son effet, c'est elle qui a été la *justa causa usucapiendi.*

De même encore, il y a donation et l'insinuation est nécessaire dans l'espèce suivante : je laisse posséder mon fonds par Titius qui l'usucape, je sais que le fonds possédé par Titius est à moi et Titius aussi le sait, et malgré cela nous laissons l'usucapion continuer. Il faut néanmoins dans ce cas décider qu'il y a donation et pour expliquer cette décision, on a recours à la fiction suivante : Titius est censé avoir restitué le fonds au propriétatre et celui-ci est censé le lui avoir remis immédiatement en lui en faisant donation ; il y a eu là aliénation d'un droit, appauvrissement d'un côté, enrichissement de l'autre, intention libérale de part et d'autre. Ce sont là les éléments constitutifs de la donation. Cette décision est contenue implicitement dans la loi 44, XXIV, 1 qui, comme la loi 5, § 6 est relative aux donations entre époux ; on y lit en effet : « *Si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit non volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur passessio, quia transiit in causam ab eo factæ donationis.* »

Nous avons vu qu'en principe toute donation est soumise à la formalité de l'insinuation. C'est la règle générale, mais elle comporte des exceptions qui sont au nombre de deux. Il y a d'abord le cas où la valeur de l'objet donné est inférieure à 500 *solidi*, environ 6250 francs ; il y a, en second lieu, une série de cas où la loi par une faveur spéciale dispense la donation de l'insinuation. Etudions d'abord la première exception.

La loi a voulu que la donation ait une certaine importance pour être soumise à l'insinuation. Quand il s'agit d'une valeur peu considérable, le besoin de publicité se fait moins impérieusement sentir, la protection du donateur et de sa famille est aussi rendue

moins nécessaire. On conçoit donc que le législateur ne se soit pas occupé des libéralités minimes. Mais il peut se présenter un certain nombre d'hypothèses où la détermination de la valeur de l'objet donné est, par la nature même des choses, rendue difficile; comme nous ne trouvons pas dans les textes de règle générale, nous devons suivre par analogie les règles de computation établies pour des cas semblables, telles sont surtout les règles suivies pour l'application de la loi Falcidie.

Supposons que l'objet de la donation consiste dans une créance conditionnelle ou dans la cession d'une créance d'un recouvrement douteux. Ces cas n'étant pas prévus par les textes, nous appliquerons par analogie les règles de la loi Falcidie (loi 45, § 1, loi 73, § 1, loi 82 D. XXXV, 2), On estimera la chose donnée d'après sa valeur vénale actuelle. De même, si la chose donnée, au lieu d'être un véritable droit de propriété, consiste en une *possessio bonæ fidei* qui sert de base à une usucapion en cours, on examinera ce que pourrait être vendue une chose possédée dans de telles conditions en tenant compte des diverses chances d'éviction. De même encore, si l'objet donné est un usufruit, nous trouvons à propos de la loi Falcidie (loi 68, pr. D. XXXV, 2) le procédé à employer pour calculer la valeur de l'usufruit d'après l'âge de l'usufruitier ; il faut faire pour l'insinuation comme pour la loi Falcidie. Toutefois, dans ces différentes hypothèses, si l'évaluation semble actuellement trop incertaine, on pourra attendre la réalisation de la condition, ou l'accomplissement de l'usucapion ou la mort de l'usufruitier et c'est à ce moment là seulement, en s'en tenant à la valeur fixée par l'évènement lui-même, qu'on verra s'il y a lieu de procéder, ou non, à l'insinuation.

Là où une véritable difficulté se présente, c'est lorsque la donation a pour objet non pas une prestation unique, accomplie une fois pour toutes, mais une prestation périodique telle qu'une rente perpétuelle ou viagère. Faut-il considérer chacune des an-

nuités en particulier comme formant autant de donations distinctes lesquelles, étant chacune inférieure au taux légal, seraient dispensées d'insinuation ; ou bien, au contraire, faut-il les évaluer en bloc comme formant une donation unique qui, supérieure à 500 *solidi*, serait soumise à l'insinuation ? C'est la question que la loi 34, § 5, C. VIII, 54 était, dans la pensée de son auteur, destinée à résoudre, mais ce texte a donné naissance à bien des controverses et les commentateurs sont loin d'être d'accord sur le sens à lui donner. Sans nous arrêter à l'examen des nombreuses explications auxquelles ce texte a donné cours, nous croyons que la pensée de Justinien est celle-ci : si la rente doit s'éteindre à la mort du donateur ou du donataire, comme la durée de la vie est une chose incertaine, chaque annuité doit être considérée comme une donation distincte et il n'y a pas lieu à insinuation. Mais si la rente doit continuer à être servie par les héritiers immédiats du donateur ou aux héritiers immédiats du donataire, ou bien si elle doit être servie un certain temps après la mort du donateur ou du donataire, alors les annuités formeront une donation unique, soumise à l'insinuation. Cette explication a pour elle l'avantage de ne faire subir au texte aucune correction ; mais nous nous refusons à voir dans le mot « *heredes* » une désignation des héritiers à perpétuité ; car il s'agirait là d'un engagement personnel à perpétuité ; un tel engagement se transmettant aux héritiers des héritiers d'une manière indéfinie produirait au bout de quelques générations une confusion inextricable ; jamais une personne sensée n'imposera à ses héritiers une rente constituée de telle façon et jamais le législateur n'aurait pensé à s'occuper d'une hypothèse aussi extraordinaire. (En ce sens M. Larnaude, Thèse de Doctorat, p. 62 et suiv.).

Si la chose donnée produit des fruits, tel qu'un fonds rural, ou si elle produit des revenus, quand par exemple ce fonds est donné à ferme, ou des loyers comme une maison donnée à bail, les lois

9 et 11, D. XXXIX, 5, décident que les loyers à venir ne doivent pas compter pour le calcul des 500 *solidi* et que, quand bien même la valeur du fonds jointe aux revenus futurs excéderait cette somme, l'insinuation n'est pas requise. De même, la loi 34, § 3, C. VIII, 54 décide que, si plusieurs donations, chacune inférieure à 500 *solidi* mais dont l'ensemble excède ce chiffre, ont été faites à la même personne, aucune de ces libéralités n'est soumise à l'insinuation.

Enfin il est un certain nombre de donations qui, par une faveur spéciale de la loi, sont dispensées de l'insinuation. Ce sont : 1° Les donations faites par l'empereur à des particuliers ou par des prrticuliers à l'empereur (loi 34, pr. C., VIII, 34). 2° Les donations qui ont une *causa piissima*, tel que le rachat des captifs (loi 34, pr. et loi 36 pr. *eod.*). 3° Les donations faites pour la reconstruction d'une maison écroulée ou incendiée (loi 36, § 2, *eod.*). Dans ces deux dernières exceptions, la loi ne parle que des donations consistant en argent, « *pecunias præbentibus* » ; nous croyons qu'il ne faut pas attacher à ces expressions un sens restrictif et qu'il faut appliquer l'exception sans se préoccuper outre mesure de ce qui fait l'objet de la donation, mais plutôt de ce qui en est le but. 4° Les donations de choses mobilières faites par un *magister militum* pour récompenser le courage de ses soldats, (lói 36, § 1, *eod.*) — 5° Les donations *dotis causa*. Mais il ne s'agit là que de la dot constituée à la femme par un étranger (loi 31, pr. C. 5, 12), car la dot apportée par la femme à son mari n'est pas à proprement parler une donation, puisque les Romains considéraient la femme comme obligée *naturaliter* de se constituer une dot (loi 32, §2, D. XII, 6) et que le mari, étant obligé de consacrer les revenus de la dot à l'entretien de la femme, ne se trouvait pas par suite enrichi (loi 21, § 1, D. XXIV, 1). Comme la dot apportée par la femme à son mari n'est pas une donation, il ne peut donc être question de la dispenser de l'insinuation.

CHAPITRE II. — Effets du défaut d'insinuation.

Si une donation dépassant 500 *solidi* n'a pas été insinuée, elle reste valable jusqu'à concurrence de cette somme, mais elle est radicalement nulle pour le surplus. Telle est la règle générale. Le législateur a sanctionné par une nullité absolue l'obligation d'insinuer les donations, abandonnant ainsi le système adopté par les auteurs de la loi Cincia. Ceux-ci, en effet, on se le rappelle, considéraient en principe comme valable la donation à l'occasion de laquelle la loi n'avait pas été observée, sauf au donateur à se prévaloir ensuite de la nullité, soit en refusant d'exécuter sa promesse, soit en reprenant la chose donnée tant qu'il n'était pas encore entièrement dessaisi.

De cette nullité absolue de la donation non insinuée pour ce qui excède 500 *solidi*, découlent plusieurs conséquences qui sont autant de différences entre le régime de la loi Cincia et celui de l'insinuation.

En premier lieu, s'il s'agit d'un corps certain, une indivision s'établit, par le fait même de la donation, entre le donateur et le donataire. L'un reste propriétaire de tout ce qui excède la valeur de 500 *solidi* dans la chose donnée, l'autre devient propriétaire pour une part équivalente à cette somme. Cette situation doit aboutir à un partage. Toutefois (loi 34, § 2, C. VIII, 54) le partage n'aura pas nécessairement lieu, car en cas de conflit celui des deux communistes qui a la plus forte part a le droit de préemption, il peut prendre le tout pour son compte en remboursant à son copropriétaire la valeur de sa part. Néanmoins s'il n'use pas de ce droit et si la chose indivise n'est pas commodément partageable, le propriétaire de la plus petite portion peut,

moyennant une indemnité fixée au prix de l'estimation, prendre pour lui la totalité de l'objet donné.

En second lieu, la donation non insinuée, étant radicalement nulle pour l'excédant de 500 *solidi*, ne peut constituer pour le donataire qui aurait reçu tradition une *justa causa usucapiendi*; en d'autres termes, jamais l'usucapion ne couvre le défaut d'insinuation, car la tradition ayant eu lieu sans cause ne peut former un juste titre qui permette d'usucaper. C'est aussi parce qu'il s'agit là d'une nullité absolue qu'elle ne peut être couverte par le décès du donateur et qu'elle pourra être invoquée aussi bien par ses héritiers que par lui-même.

En troisième lieu, si la donation consiste en une promesse non encore exécutée ou si le donateur n'a pas fait tradition de la chose donnée, celui-ci n'a pas besoin d'une exception pour repousser la demande du donataire en tant qu'elle excède 500 *solidi*; car la donation non insinuée étant nulle de plein droit doit être considérée comme n'existant pas et par conséquent le défaut d'insinuation est un moyen de fond qui rend l'action mal fondée. Si plusieurs textes parlent d'une exception pour faire tomber la demande en ce qu'elle dépasse 500 *solidi*, c'est qu'ils ont été écrits en vue de la loi Cincia.

Enfin si le donateur a fait tradition de l'objet donné ou a exécuté la promesse, il a une action pour reprendre sa chose et, si le bien existe en nature, cette action ne peut être qu'une action en revendication. Et comment en serait-il autrement? La donation non insinuée étant radicalement nulle pour l'excédent de 500 *solidi*, la propriété n'a pu être transmise au donataire, elle est donc restée sur la tête du donateur qui par suite peut exercer l'action de revendication. On a contesté cette solution en raisonnant par analogie de ce qui a lieu en cas de révocation pour cause d'ingratitude. Mais s'il est vrai que dans ce dernier cas le donateur n'a qu'une *condictio* c'est qu'alors, il n'est plus

propriétaire ; la donation, valable à l'origine, a opéré la translation de la propriété sur la tête du donataire, tandis que dans notre espèce l'acte de donation est nul *ab initio* et le donateur n'a jamais cessé d'être propriétaire, du moins pour ce qui excède 500 *solidi*. L'analogie des situations se rencontre bien plutôt dans la matière des donations entre époux ; là aussi comme dans notre espèce nous trouvons une donation nulle *ab initio*. Aussi la loi 5, § 18, XXIV, 1, accorde-t-elle formellement à l'époux donateur l'action en revendication. C'est du reste également la solution qui est imposée par la loi 34, § 2, C. 8, 54 déjà citée, qui reconnaît qu'en cas de non insinuation de la donation, il s'établit entre le donateur et le donataire une *communio*, c'est-à-dire une indivision, une copropriété.

Le donateur a donc deux actions pour reprendre dans la chose donnée ce qui excède la valeur de 500 *solidi*, d'une part, l'action en revendication, si la chose existe en nature entre les mains du donataire, d'autre part, la *condictio* quand celui-ci n'en détient que la valeur. Pour l'exercice de la première, pas de difficulté ; mais pour l'exercice de la *condictio*, des obstacles peuvent se présenter si l'enrichissement procuré au donataire a disparu au moment où la réclamation se produit. Il y a lieu alors de se demander si le donataire est désormais à l'abri de toute action en répétition. Cette question n'est nulle part soulevée dans les textes relatifs à l'insinuation, mais elle se présente également à propos de la prohibition des donations entre époux et elle est traitée avec de nombreux développements dans le titre 1, l. XXIV ; or il est probable que les jurisconsultes romains appliquaient les mêmes principes dans deux matières qui ont tant de points de ressemblance. Nous examinerons successivement deux hypothèses, celle où la chose qui n'existe plus en nature a péri purement et simplement et celle où elle a péri, mais a été remplacée par une valeur équivalente dans le patrimoine du donataire.

Premier cas. — La chose donnée a péri purement et simplement. — Une sous-distinction est nécessaire. D'abord la perte est survenue en exécution de la volonté du donateur ; par exemple le donataire n'a-t-il reçu une chose que pour la remettre à un tiers ou l'employer à un usage qui la mette hors du commerce ? Pas de difficulté ; le donateur n'a rien à réclamer, il est juste qu'il subisse les conséquences de la perte résultant de sa propre volonté (loi 5, § 12, XXIV, 1). En second lieu, la perte est-elle le résultat d'un cas fortuit ? Le donateur n'a encore rien à réclamer, car la donation étant nulle c'est lui qui était resté propriétaire de la chose donnée et c'est pour lui qu'elle périt (loi 28, pr. XXIV, 1). En troisième lieu, la perte résulte-t-elle de la volonté du donataire ? Ce cas présente plus de difficultés que les précédents. En effet, on peut dire d'une part que le donataire est un possesseur de mauvaise foi, puisque la donation n'étant pas insinuée il sait qu'elle est nulle et que, pour l'excédant de 500 *solidi*, il possède la chose d'autrui. Mais d'autre part on peut soutenir qu'il est un possesseur de bonne foi, puisque possédant avec l'assentiment du véritable propriétaire, tant que celui-ci ne se repent pas, il peut croire, s'il détruit la chose ou s'il la consomme, que c'est avec l'assentiment de ce dernier. Il faut, pour trancher la question, s'en référer à ce qui est décidé en semblable hypothèse pour les donations prohibées entre époux ; les jurisconsultes romains distinguent si la perte résulte du dol du donataire ou si celui-ci est simplement en faute. A-t-il commis un dol, par exemple, a-t-il détruit la chose sciemment, l'a-t-il donnée ou dissipée à dessein ? Le donateur a contre lui une *condictio sine causâ* ou *ex injustâ causâ* pour en réclamer la valeur et, indépendamment de ces actions, l'action *ad exhibendum* ou la *rei vindicatio* qui sont données contre celui qui *dolo fecit quominus possideret* ; et même le donateur peut obtenir l'action *legis Aquiliæ*, s'il en réunit d'ailleurs les conditions : *culpa in comittendo, damnum*

corpori corpore. Mais le donataire a-t-il simplement une faute à se reprocher, par exemple s'est-il laissé voler la chose? Il est, dans ce cas, à l'abri de toute réclamation et le droit du donateur est éteint.

Tel fut le droit primitif des jurisconsultes; mais un sénatus-consulte de l'an 206 vint modifier la jurisprudence, du moins quand la nullité de la donation résulte de la prohibition entre époux; or, aucune bonne raison ne peut écarter les mêmes solutions dans le cas où la nullité résulte du défaut d'insinuation. Le sénatus-consulte de l'an 206 décide que, tant que le donateur n'a pas manifesté l'intention de se prévaloir de la nullité de la donation, la perte de la chose ou sa consommation par le donataire le met à l'abri de toute réclamation, sans distinguer s'il a commis un dol ou s'il s'est seulement rendu coupable d'une faute, et le droit du donateur est désormais éteint. Il ne peut donc émettre de prétentions sur la chose donnée qu'autant que l'enrichissement du donataire subsiste encore au moment de la *litis contestatio*. Jusqu'à cette époque, le donataire est considéré comme un possesseur de bonne foi (L. 5, *pr.*; L. 28, *pr.*; L. 32, § 9; L. 7, *pr.* D. XXIV, 1). Il est vrai que des textes insérés au Digeste (*Fr.* 14, X, 4 et *fr.* 37, XXIV, 1) se réfèrent encore à l'ancienne jurisprudence et consacrent, en cas de dol du donataire, l'action *ad exhibendum*; mais c'est par inadvertance que ces textes ont été insérés au Digeste, car ils sont de Pomponius et de Julien, jurisconsultes antérieurs au sénatus-consulte de l'an 206.

Deuxième cas. La chose donnée a péri, mais a été remplacée par une autre dans le patrimoine du donataire. — Ainsi, il a vendu la chose, ou bien avec l'argent donné il a acquitté une dette; son patrimoine est augmenté, il doit compte de cet enrichissement au donateur, qui a contre lui la *condictio*. De même, s'il y a eu échange, le donataire doit la chose reçue en contre-échange, mais il ne doit que cette chose nouvellement acquise,

fût-elle d'une valeur moindre (L. 7, § 3 ; L. 28, § 4, D. XXIV, 1). Mais si la chose reçue en échange ou achetée avec l'argent provenant de la donation vient à périr, le droit du donateur s'éteint, car au moment de la *litis contestatio* le donataire a cessé d'être enrichi (L. 29, *pr*. D. XXIV, 1). Toutefois un tempérament doit être apporté à cette doctrine : si la chose achetée ou reçue en contre-échange était de celles qui sont tellement indispensables au donataire qu'indépendamment des valeurs reçues il eût dû en faire l'acquisition de ses propres deniers, dans cette hypothèse, malgré la perte, le donataire est soumis à la *condictio*, car on peut dire qu'il a fait l'économie de ses propres deniers et qu'ainsi il est devenu *locupletior* (L. 47, V, 1, *de solut.* argum. d'anal.).

Il nous reste, en terminant, à nous demander qui peut opposer le défaut d'insinuation. Pour résoudre cette question, nous n'avons qu'à nous rappeler ce que nous avons dit plus haut, relativement à la nature et au but de l'insinuation. Nous savons, d'une part, que l'insinuation est une formalité essentielle de la donation, et que celle-ci n'est parfaite qu'autant qu'elle est insinuée ; d'autre part, nous avons vu que l'insinuation a pour but non-seulement d'entourer la donation de publicité, mais encore de protéger le donateur et sa famille. Conséquents avec eux-mêmes, les jurisconsultes romains ont pensé qu'une donation non insinuée est une donation qui n'a d'existence pour personne et que par suite le bien donné doit être considéré comme n'étant jamais sorti du patrimoine du donateur ; donc tous les intéressés, donateur et donataire, héritiers, créanciers et acquéreurs peuvent invoquer la nullité résultant du défaut d'insinuation.

DROIT FRANÇAIS

Des incapacités relatives de disposer ou de recevoir à titre gratuit

INTRODUCTION

En principe, toute personne, à moins d'une disposition contraire de la loi, jouit de la double capacité de disposer de ses biens à titre gratuit en faveur de qui que ce soit et de recevoir tant par donations entre-vifs que par testament (art. 902 C. c.). La capacité est donc le droit commun, la règle générale ; l'incapacité est l'exception. Il en résulte que ceux-là seuls sont incapables qui sont déclarés tels par un texte positif de la loi. Les incapacités de disposer ou de recevoir à titre gratuit, qui frappent certaines personnes limitativement déterminées par la loi, sont de deux sortes ; les unes sont dites *absolues* ; les autres *relatives*. Les incapacités *absolues* sont celles qui empêchent la personne qu'elles atteignent de disposer de ses biens à l'égard de qui que ce soit, ou de recevoir de quelque personne que leur vienne la libéralité ; mais elles ne sont pas nécessairement réciproques, en ce sens que telle personne frappée de l'incapacité *absolue* de recevoir peut parfaitement avoir la capacité de disposer et *vice-*

versâ. Les incapacités *relatives* sont celles qui frappent une personne dans ses rapports avec telle autre personne déterminée, mais laissant sa capacité entière à l'égard de tout autre individu. L'incapacité relative dérive toujours de la qualité respective des deux parties, celle qui dispose et celle qui reçoit : aussi à l'incapacité relative de disposer chez une personne correspond toujours chez une autre l'incapacité relative de recevoir, et *vice-versâ*. Ce sont là deux idées corrélatives dont l'une ne peut exister sans l'autre, et c'est en ce sens que l'on dit que les incapacités relatives sont toujours réciproques. Mais il importe de remarquer que la personne frappée de l'incapacité relative de disposer n'est pas, par cela même, frappée de l'incapacité de recevoir de la personne qu'elle ne peut gratifier, et réciproquement. Ainsi le mineur, âgé de plus de seize ans, ne peut rien léguer à son tuteur, mais il peut recevoir de lui toute espèce de libéralités. De même l'enfant naturel ne peut recevoir du père ou de la mère qui l'a reconnu rien au-delà de la quotité fixée par les art. 757 et suiv., mais il peut faire à ses père et mère naturels toute libéralité qu'il lui plaît de consentir, et sans que sa capacité soit à leur égard limitée à aucun chiffre.

Les incapacités relatives seules doivent faire l'objet de notre étude ; mais, avant d'en aborder l'examen, il est nécessaire d'en rechercher les origines dans l'ancien droit. Ce n'est qu'après ce travail préliminaire qu'abordant l'étude de la législation moderne, nous examinerons, dans une première partie, quelles incapacités relatives sont établies tant par le Code civil que par les lois postérieures et dans quelles limites doivent être appliquées les prohibitions de la loi. Puis, dans une seconde partie, nous étudierons les moyens par lesquels la loi déjoue la fraude et la sanction par laquelle elle impose le respect de ses prohibitions.

DES INCAPACITÉS RELATIVES

DANS L'ANCIEN DROIT.

Si l'on s'attache aux motifs généraux qui ont déterminé le législateur dans la distinction des personnes en capables et en incapables, on remarque que les incapacités relatives peuvent être rangées en deux groupes distincts. Les unes ont pour fondement une présomption légale d'abus d'influence, à raison de l'âge, de la faiblesse d'esprit, des fonctions ou de la situation de l'une des parties par rapport à l'autre, telle est l'incapacité du tuteur de recevoir de son pupille, celle du médecin ou du confesseur de recevoir du malade qu'ils assistent. Les autres reposent sur une idée d'indignité ou de déchéance, telle est, du moins dans l'ancien droit, l'incapacité des bâtards et sans doute aussi l'incapacité des concubins.

Les incapacités relatives de disposer ou de recevoir à titre gratuit étaient plus nombreuses dans l'ancien droit que dans le droit moderne. On comptait : 1° L'incapacité du tuteur de recevoir de son mineur et celle des autres personnes auxquelles l'ordonnance de 1539 fut étendue par la jurisprudence, tels que confesseurs, médecins, administrateurs, etc.; 2° L'incapacité des personnes dont la présence est nécessaire pour la solennité d'un testament (Ord. d'Orléans, art. 27 et ord. de Blois, art. 63) ; 3° l'incapacité des officiers de justice (Ord. d'Orléans, art. 43 ; de Blois, art. 114 ; de Moulins, art. 19 et 20) ; 4° l'incapacité des officiers de vaisseau sur lequel le testament est fait (Ord. sur la marine de 1681, art. 3, liv. 9, tit. 3) ; 5° l'incapacité des époux de se faire des donations l'un à l'autre pendant le mariage ou d'en faire aux en-

[illegible] lors de leur mariage, pendant [illegible] des [illegible] (Cout. de Paris, art. [illegible]; Cout. d'Orléans, art. [illegible]); 6° l'incapacité des bâtards de recevoir de leurs parents des libéralités à titre universel; 7° l'incapacité des concubins de se donner entre eux.

§ [illegible] — Incapacité de recevoir [illegible] établies par [illegible]

1. Tuteurs, curateurs et pédagogues. — L'ordonnance de Villers-Cotterets, rendue en 1539, article 131, déclare « être nulles et de nul effet et valeur toutes dispositions d'entre-vifs ou testamentaires qui seront ci-après faites par les donateurs ou testateurs au profit de leurs tuteurs, curateurs, gardiens, baillistres et autres leurs administrateurs. » La déclaration de Henri II, de 1549, vint sanctionner cette prohibition en prononçant la nullité de toutes les libéralités qui s'adresseraient aux personnes [illegible] par l'entremise [illegible] ou de personnes interposées. La dernière partie de cette disposition est l'origine de l'article 911 du Code civil.

La même prohibition est reproduite, et avec plus d'extension, par l'article 276 de la Coutume de Paris qui défend « aux mineurs et autres personnes étant en puissance d'autrui de donner ou tester directement ou indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues et autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte. Peuvent toutefois disposer au profit de leurs père, mère, aïeul ou aïeule ou autres ascendants, encore qu'ils soient de la qualité susdite, pourvu que, lors du testament ou de la donation, ils ne soient remariés. » Les mêmes prescriptions se retrouvent dans les Coutumes d'Orléans (art.

celui-ci doit disparaître. Autrement, ajoute Pothier, « il faudrait dire que tous les créanciers sont sous la dépendance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers ; ce qui est tout-à-fait absurde. »

L'incapacité n'atteignait pas seulement le tuteur, mais aussi « les curateurs, gardiens, baillistes, pédagogues et autres administrateurs », et en général tous ceux qui ont quelque puissance sur la personne ou les biens du disposant, comme l'indiquent ces mots de l'article 276 de la Coutume de Paris « et autres personnes étant sous la puissance d'autrui. » C'est par application de ces principes que Pothier décide, contrairement à l'opinion de Ricard (*Don.*, 1re part., ch. 3, sect. 9, n° 476) que l'incapacité atteint même le tuteur honoraire, parce que, dit-il, quoiqu'il n'administre pas les biens laissés à la charge du tuteur onéraire, il a néanmoins le gouvernement de la personne du mineur et c'est principalement à cause du gouvernement de la personne, plutôt encore que de celui des biens, qu'il est à craindre que le tuteur n'abuse de son ascendant sur le mineur. Mais le subrogé-tuteur, le conseil de tutelle, le tuteur aux actions contraires, le curateur aux causes sont en dehors de la prohibition, parce qu'ils n'ont ni la garde du pupille, ni l'administration de ses biens.

Sous le nom d'administrateurs, il faut comprendre tous ceux qui administrent la personne ou les biens du disposant et qui ont autorité sur lui ; mais n'y sont pas compris ceux qu'il aurait chargés lui-même de cette administration et à qui il peut la retirer, quand bon lui semble, tel serait un intendant ou un fondé de pouvoirs.

L'article 276 de la Coutume range encore au nombre des incapables les « pédagogues » et par là on doit entendre tous ceux qui sont préposés à la conduite ou à l'éducation d'un jeune homme. Ayant sur lui un droit de correction, ces personnes ne doivent pas avoir sur son esprit un moindre empire que son

tuteur ; tels sont les précepteurs ou gouverneurs, les maîtres de pension, les régents de collège, les collèges eux-mêmes et les communautés où les mineurs sont élevés. Mais quant aux établissements et communautés où des personnes majeures se retirent volontairement et prennent pension, Pothier déclare que l'incapacité n'a plus de raison d'être à leur égard, parce que les personnes majeures ayant la liberté de quitter l'établissement à leur gré, le supérieur n'exerce pas d'empire sur leur esprit et on ne peut dire qu'elles sont sous sa dépendance. Toutefois, un arrêt du 11 juillet 1713, jugeant excessives les donations faites à une communauté par un majeur qui s'y était retiré, n'a pas hésité à en prononcer la réduction.

C'est également parce que les professeurs publics n'ont pas le gouvernement de la personne de leurs élèves, et parce que leur rôle se borne à faire des leçons publiques à qui veut les entendre, qu'ils n'étaient pas compris au nombre des incapables.

III. *Extension donnée par la jurisprudence aux incapacités résultant des ordonnances et des coutumes.* — La jurisprudence ne s'en tint pas là et étendit la prohibition à bien des personnes qui n'avaient été expressément désignées ni par l'article 131 de l'ordonnance de 1539, ni par l'article 276 de la coutume de Paris. C'est ainsi qu'on assimila aux pédagogues les maîtres des arts dans leurs rapports avec leurs apprentis, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard cite un arrêt qui annule la libéralité faite par un apprenti apothicaire à son patron.

On étendit encore aux confesseurs et directeurs de conscience la prohibition de recevoir des libéralités de leurs pénitents ; et il n'y a pas à distinguer, s'il s'agit d'une donation entre-vifs ou d'un legs, ni si la libéralité est intervenue au cours d'une maladie du disposant ou dans un parfait état de santé ; sur ce dernier point, l'article 909, C. civ., n'a pas suivi les errements de l'ancienne jurisprudence. « Le confesseur, dit Ricard, n'a pas moins d'auto-

rité pendant la pleine santé qu'à l'extrémité de la vie. » Le motif de la prohibition, dit Pothier, est « l'empire que les confesseurs et directeurs acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents, et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes. » Et Bourgon ajoute : « Si la pureté de leur ministère en rend l'abus très rare, il n'en faut pas moins prévenir les suites, parce qu'il peut arriver. » Il y a dans le Code Théodosien une constitution qui forme la loi 20, XVI, 2, et qui a pu servir de guide à la jurisprudence dans la voie où elle entrait ; cette loi dispose, en effet, que « les donations sont nulles quand elles sont faites à des ecclésiastiques par des veuves chez qui ils se sont introduits sous prétexte de les conduire à la piété. »

L'incapacité ne frappe pas seulement les ministres du culte catholique, mais aussi ceux des autres cultes, car les auteurs parlent des directeurs de conscience, ce qui s'applique bien aux ministres des autres cultes, lesquels, s'ils ne confessent pas, n'en ont pas moins sur les consciences une direction et une influence dont les abus ont pu paraître dangereux pour la sécurité et le patrimoine des familles. Enfin, il est à remarquer que ce n'est pas la personne seule du confesseur qui est déclarée incapable ; s'il est membre d'un ordre religieux ou d'une communauté, l'incapacité atteint en outre le couvent ou la communauté dont il fait partie et même tous les établissements de l'ordre auquel ce religieux appartient. On n'a pas voulu que les libéralités d'un pénitent puissent enrichir non seulement son confesseur, mais encore le monastère ou l'ordre dont ce religieux dépend ; et c'était là une sage précaution, car souvent le religieux, ne pouvant rien posséder par lui-même, songera à enrichir sa communauté dont les intérêts lui tiennent ordinairement plus à cœur que les siens propres (En ce sens, Ricard, Don., n° 520).

Les monastères furent également déclarés incapables de rien recevoir de leurs novices (art. 19 de l'ord. d'Orléans et art. 28 de

l'ord. de Blois); quant aux religieux profès, on sait qu'ils etaient frappés de mort civile. Mais la jurisprudence, élargissant encore le sens des dispositions des ordonnances, déclara les novices incapables de disposer au profit d'aucune congrégation religieuse, quelle qu'elle fût; on craignait qu'il ne s'établît une entente frauduleuse entre plusieurs communautés pour se transmettre réciproquement les libéralités provenant de leurs novices. Ricard (Don., Ire part., ch. 3, sect. 9, nos 486-490) cite trois arrêts en ce sens. Toutefois, une déclaration du 28 avril 1693 permit à certaines congrégations limitativement déterminées de recevoir de leurs novices ce que l'on appelle des « *dots d'ingression* », et cela jusqu'à concurrence d'une somme de trois mille livres. Au XVIIe siècle, les lettres de rétablissement des jésuites en France (art. 6) leur interdirent également de recevoir des immeubles des personnes qui embrasseraient leur ordre. Il est facile de reconnaître, dans ces différentes incapacités de l'ancien droit, l'origine et l'esprit de la prohibition édictée par la loi du 24 mai 1825 (art. 4 et 5).

La jurisprudence étendit encore la prohibition de l'ordonnance de 1539 et de l'article 276 de la coutume de Paris aux médecins, chirurgiens, apothicaires et aussi aux empiriques; mais on n'alla pas jusqu'à déclarer incapables les garde-malades (Furgole, Quest. 34, n° 25). Le motif de cette incapacité est l'empire que le médecin acquiert sur l'esprit du malade qui, a-t-on pensé, pour obtenir sa guérison, n'oserait rien refuser à celui dont il pense pouvoir l'obtenir. D'après l'opinion générale, la nullité atteint aussi bien les donations que les legs faits au médecin par le malade dont il a entrepris la cure. Toutefois, Bourjon déclare que les médecins ne sont incapables qu'à l'égard des donations à cause de mort et qu'ils peuvent au contraire recevoir entre-vifs. L'origine de ces prohibitions peut être recherchée jusqu'en droit romain; en effet, la loi 9, C. X, 52, *de prof. et med.*, défend aux

médecins de stipuler des honoraires de leurs malades avant qu'ils ne soient guéris, et la loi 3, D. 50, 13, prononce la nullité d'une vente consentie par un malade en danger de perdre les yeux en faveur de son médecin qui l'avait menacé de breuvages nuisibles.

Enfin une autre extension donnée aux dispositions de l'Ord. de 1539 frappait les procureurs de l'incapacité de recevoir de leurs clients des donations et des legs, mais à la condition, dit Pothier, que la libéralité ait lieu pendant la durée du procès, qu'il s'agisse d'une affaire obscure et que la condamnation à intervenir soit susceptible d'entraîner, ou à peu près, la ruine du client. Pour motiver cette nouvelle incapacité, on disait que le client menacé par l'issue d'un procès difficile est sous la dépendance du procureur, comme le malade sous celle du médecin, et qu'il est à présumer que pour sortir d'embarras il n'osera rien lui refuser. — Ricard (t. 1, 1re part. § 504) étend aux avocats l'incapacité des procureurs ; toutefois il pense, de même que Ferrière, que les avocats aussi bien que les procureurs sont seulement incapables de recevoir de leurs clients des donations entre-vifs, mais qu'ils peuvent recueillir les legs faits en leur faveur ; et le motif de cette distinction c'est, dit-il, que « le temps de la maladie, pendant lequel se font ordinairement les testaments, est un moment où l'empire que pourraient avoir l'avocat et le procureur cesse, pour céder la place à celui du médecin. » Pothier et Furgole (*Don. Quest.* 32), rejettent la distinction admise par Ricard et décident que l'avocat peut aussi bien recevoir entre-vifs qu'à cause de mort. Pothier en donne la raison suivante : « La noblesse de cette profession, dit-il, et l'élévation de sentiments qui règne dans l'ordre des avocats doivent écarter tout soupçon de vue intéressée. »

IV. *Personnes en faveur desquelles l'incapacité cesse d'être applicable.* — L'article 276 de la Cout. de Paris relève le tuteur

de l'incapacité de recevoir à titre gratuit de son pupille, lorsque ce tuteur est en même temps l'ascendant du mineur et pourvu qu'il n'ait pas contracté un second mariage. Rien de plus légitime que cette exception, car il est impossible de soupçonner un père, d'abuser de son influence sur son fils pour le dépouiller à son profit ; comme le fait judicieusement observer Pothier, le vœu naturel d'un père est bien plutôt de transmettre ses biens à ses enfants que de chercher à les dépouiller de ceux qu'ils possèdent. D'ailleurs si de tels abus d'influence venaient à se produire, ce n'est pas la qualité de tuteur qui serait d'un grand secours pour l'ascendant dans la réalisation de ses calculs malhonnêtes ; sa qualité de père lui donne au moins autant d'influence que ses fonctions accidentelles de tuteur, et cette qualité à elle seule lui suffirait bien souvent, si de tels abus étaient réellement à redouter. D'autre part, comme le fait remarquer Ricard, l'autorité d'un père sur ses enfants n'est pas limitée à un certain temps comme celle d'un tuteur, elle ne disparaît pas nécessairement lorsque l'enfant est parvenu à un certain âge ; de là il résulte que, si on voulait appliquer au père l'incapacité édictée contre le tuteur, le père serait frappé d'une incapacité perpétuelle et il ne pourrait jamais recevoir aucune libéralité de ses enfants. — Toutefois la Coutume, par ce motif que les seconds mariages peuvent diminuer l'affection des parents pour leurs enfants, fait rentrer dans la règle générale et déclare incapable l'ascendant tuteur qui se serait remarié.

Une restriction d'une autre nature avait été apportée à l'étendue des incapacités que nous avons énumérées plus haut. Comme la jurisprudence avait appliqué la rigueur de la prohibition à un grand nombre de personnes qui n'avaient été primitivement comprises ni dans les termes de l'Ordonnance, ni dans ceux de la Coutume, on se montrait moins sévère à l'égard de ces personnes, parce que leur incapacité n'était écrite dans aucune loi et résul-

tait seulement de l'interprétation assez large des jurisconsultes. Aussi permettait-on aux médecins, confesseurs, procureurs et autres semblables personnes de recevoir des libéralités modiques, et ne dépassant pas les bornes d'une juste reconnaissance, ou même des libéralités plus considérables, lorsqu'il résultait des circonstances de fait que le disposant les aurait néanmoins faites au bénéficiaire, quand bien même celui-ci n'aurait été ni son médecin, ni son confesseur.

Enfin Pothier (Cout. d'Orléans, art. 296, n. C.) signale encore une autre différence entre les personnes dont l'incapacité est écrite dans une loi et celles dont l'incapacité ne résulte que de l'interprétation de la jurisprudence. Les premières, parmi lesquelles on compte, par exemple, le tuteur, ne peuvent recueillir un legs, quand bien même elles ne seraient devenues personnes prohibées que dans l'intervalle qui sépare la confection du testament de la mort du testateur ; car, dit-on, à l'époque de l'ouverture de la succession elles se trouvent frappées d'incapacité. Au contraire, quant aux personnes qui ne sont pas légalement déclarées incapables, mais qui sont seulement présumées avoir exercé de l'influence sur la volonté du disposant, tels que médecins et directeurs de conscience, le legs fait en leur faveur doit être confirmé si elles n'ont acquis cette qualité que depuis le testament et si elles étaient capables à l'époque de sa confection.

V. *Interposition des personnes.* — L'ordonnance de 1549, confirmant celle de 1539, déclare nulles les libéralités qui, pour parvenir à l'un des incapables, seraient faites par l'intermédiaire de personnes interposées. Les Coutumes de Paris (art. 276) et d'Orléans (art. 296), présument personnes interposées les enfants des tuteurs et administrateurs. L'affection que les pères ont pour leurs enfants, dit Pothier, fait que ce qui est donné aux enfants est censé donné aux pères et les parents ayant ordinairement plus

de passion pour enrichir leurs enfants que pour s'enrichir eux-mêmes, si la liberté leur en était laissée, la loi serait toujours éludée. Mais la jurisprudence ne s'en tint pas là et étendit la présomption d'interposition de personnes au conjoint de la personne prohibée, ainsi qu'à ses père et mère. La raison en est que l'incapable ne manquerait pas de faire donner à ces personnes ce que la loi lui défend de recevoir lui-même et qu'en réalité il profiterait quand même de la libéralité, soit par la jouissance qu'il aurait des biens donnés à son conjoint, soit en retrouvant un jour dans la succession de ses père et mère ce qui leur aurait été donné. C'est ainsi que l'on trouve dans Ricard (Don. 1re part., ch. 3, sect. 16, nos 714, 716, t. 1, p. 186) cette idée que le mari, la femme, le père, la mère et les enfants peuvent être regardés comme formant avec l'incapable une seule et même personne ; et cet auteur ajoute : « Cessant cette précaution, la loi demeure presque inutile, étant si aisé d'y contrevenir. » Bourjon allait même jusqu'à compter les collatéraux au nombre des personnes interposées, surtout lorsque l'incapable est leur héritier présomptif. Même décision dans l'article 439 de la Coutume de Normandie. Néanmoins Furgole (Don. quest. 35, n° 47) n'admet aucune présomption *juris et de jure* d'interposition de personnes et il exige, pour que la libéralité faite au parent ou au conjoint de l'incapable soit déclarée nulle, que l'intention frauduleuse d'éluder la loi soit directement prouvée par les circonstances du fait ; dans tous les cas où il n'en serait pas ainsi, la libéralité devrait être maintenue. De même Pothier (Don. test., ch. 3, sect. 2) dit que l'interposition de personnes doit être prouvée par témoins et, à défaut de la preuve par témoins, Pothier ajoute que l'héritier, lorsqu'il soupçonne le légataire d'être une personne interposée chargée de remettre la libéralité à un incapable, peut exiger le serment de ce légataire, et celui-ci doit jurer, non pas seulement qu'il n'y a eu aucune entente entre lui et le testateur, mais encore qu'il ne

croit pas que le legs ait été fait pour être restitué à l'incapable et qu'il n'entend pas le lui transmettre.

Quoi qu'il en soit de la force probante et de l'étendue de la présomption d'interposition de personnes, il est certain que l'incapacité des personnes présumées interposées ne leur est pas personnelle et qu'elle ne résulte que du lien qui les unit à l'incapable lui-même. De là il résulte que toute libéralité, qui leur serait faite à une époque où cette relation de parenté ou d'alliance n'existe pas encore ou a cessé d'exister, est inattaquable. Ainsi un tuteur vient à mourir, ses enfants deviennent aussitôt capables de recevoir de l'ex-pupille de leur père, bien que le compte de tutelle ne soit pas encore rendu (Ricard, Don., 1re part., ch. 3, sect. 3, n° 474) ; leur incapacité doit cesser, dit Pothier, *quasi remoto impedimento*. De même un mineur peut faire un legs au profit des enfants, de la femme ou des père et mère de celui qui ne serait devenu son tuteur que depuis la confection du testament ; car à l'époque du testament ces personnes n'étaient pas incapables et, si le testateur avait voulu gratifier celui qui depuis est devenu son tuteur, il pouvait alors le faire directement sans avoir recours à aucune personne interposée (Pothier, C. d'Orléans, art. 296, note 7, *infine*).

§ 2. — *Incapacité des personnes dont la présence est nécessaire pour la solennité des testaments.*

On admit dans l'ancien droit qu'une même personne ne pouvait pas figurer dans un testament soit comme rédacteur soit comme témoin, et en même temps recevoir une libéralité par ce même testament. Beaumanoir, au XIIIe siècle, écrivait déjà que « les testaments doivent être reçus par deux loyaux témoins, sans suspicion, et qu'ils soient tels qu'ils n'aient nul profit au testament ; car, s'ils s'attendent à y avoir profit, leur témoignage ne vau-

drait rien. » En effet, il est de principe que nul ne peut faire foi là où il s'agit de son propre intérêt ; si l'on veut éviter les surprises qui peuvent se produire dans les testaments, il faut donc en écarter toutes personnes intéressées ; or, l'incompatibilité entre la qualité de légataire et celle de témoin instrumentaire ou de rédacteur de l'acte a paru le meilleur moyen d'éviter les fraudes et les abus d'influence.

L'incapacité des rédacteurs du testament, aussi bien que celle des témoins, est consacrée par de nombreux textes. L'article 27 de l'ordonnance d'Orléans porte que les « curés, vicaires et gens d'église ne pourront recevoir les testaments et dispositions de dernière volonté, esquels aucune chose leur soit donnée ou léguée. » De même, l'article 63 de l'ordonnance de Blois défend aux curés de recevoir des testaments dans lesquels eux ou leurs parents seraient légataires. Les coutumes de Paris (art. 289), d'Amiens (art. 55), de Senlis (art. 173), de Melun (art. 245), de Tours (art. 321), disposent également que les témoins ne peuvent être légataires dans les testaments où ils sont employés pour la solennité de l'acte. Même doctrine dans l'ordonnance de 1735, (art. 43).

La jurisprudence étendit l'incapacité édictée contre les curés et vicaires aux notaires et autres personnes publiques qui reçoivent des testaments ; il y a, dit Pothier, entre toutes ces personnes une « entière parité de raison. » Et Ricard ajoute que, la présence d'un notaire dans un acte équivalant partout à celle de deux témoins, il y a d'autant plus de raisons d'appliquer à un notaire l'incapacité édictée contre les témoins ordinaires qu'il prend à la solennité de l'acte une part plus grande que ceux-ci.

Quel était, dans l'ancien droit, le sort d'un testament contenant un legs au profit de l'un des témoins ou de l'officier public qui l'avait reçu ? En droit romain, le S. C. Libonien et un édit de l'empereur Claudius avaient décidé que ceux qui avaient été employés par le testateur pour écrire le testament seraient con-

damnés comme faussaires, si l'acte contenait quelque disposition en leur faveur, ne fût-ce qu'un simple legs (L. 1, D. *ad leg. Corn. de falso*). Mais la caducité du legs ou de l'institution faite au profit du rédacteur de l'acte n'entraînait pas, en droit romain, la nullité du testament tout entier et les autres dispositions produisaient leur plein effet. Il en était autrement dant l'ancien droit où le legs fait à un curé, à un notaire ou à un témoin dans le testament qu'ils recevaient n'était pas seulement caduc, mais rendait nul le testament tout entier. La raison de cette différence c'est qu'en droit romain l'écriture n'était pas d'une nécessité absolue pour la perfection du testament qui pouvait se faire par simple noncupation et sans écrit. Or, il n'en est rien en droit coutumier; nos coutumes, notamment l'article 289 de la coutume de Paris, exigent que le curé et les témoins soient « idoines, suffisants et non légataires; » toutes les fois qu'ils ne réunissent pas ces conditions, l'acte qu'ils reçoivent est comme non avenu et nul pour tout.

Mais, pour qu'il y ait incapacité, il faut que le légataire ait pris part d'une manière effective, soit comme témoin, soit comme notaire à la confection du testament. Ainsi s'il s'agit d'un testament mystique où le notaire n'est intervenu que pour l'acte de suscription, le legs fait au profit de ce notaire est valable et à plus forte raison le testament subsiste-t-il dans toute ses autres dispositions. C'est qu'en réalité dans ce cas il y a eu deux actes distincts, d'une part la rédaction d'un testament, de l'autre sa reconnaissance authentique; le notaire est resté étranger à la première formalité, il n'est intervenu que pour la seconde et il a pu de cette façon ignorer ce que contenait le testament.

Il n'y pas non plus lieu de déclarer incapable le légataire dont la présence a été simplement constatée lors de la confection du testament, mais qui n'y a pris part ni comme témoin ni comme officier rédacteur. Pothier (Don. test. ch. 2, art. 7) en donne pour

motif que la seule présence du légataire n'est pas un fait de suggestion, lorsqu'il n'est pas prouvé qu'il ait sollicité le testateur à faire une disposition en sa faveur. Un arrêt de la Grand'Chambre du mois d'août 1650, rapporté par Ricard (3e part. n° 52) l'a décidé en ce sens pour la coutume de Chartres.

Enfin, pour qu'il y ait lieu à l'incapacité, il faut que le legs s'adresse bien au curé ou au témoin qui intervient dans l'acte. Ainsi l'art. 63 de l'ord. de Blois décide qu'un curé peut recevoir un testament où il est fait des legs « à œuvres pies, saintes et religieuses. » Par application de cet article, Ricard déclara valable le testament reçu par un curé et contenant un legs au profit de son église, bien qu'en fait le curé doive profiter des fruits de la chose léguée. De même un arrêt de la Grand'Chambre de 1654 a décidé qu'un legs fait en faveur de la ville de Nogent-le-Rotrou pour la fondation d'un collège était valable, quoique le testament qui le contenait eût été reçu par plusieurs habitants de cette ville en qualité de témoins instrumentaires (Ricard, 1re part., n° 555).

§ III. — *Incapacité des officiers de justice.*

Une ordonnance de Philippe-le-Long, de l'an 1320, défendit aux baillis et sénéchaux, à leurs femmes, leurs parents et leurs commensaux de recevoir, dans leurs provinces, pendant le temps de leur administration, aucune donation si ce n'est de choses qui se mangent ou se boivent et sans que la valeur en puisse dépasser dix sols parisis par semaine. Une semblable prohibition avait existé en droit romain et la loi 18, D. *de offic. præsid.* défendait aux magistrats qui gouvernaient les provinces de rien recevoir par donation, si ce n'est des choses qui se mangent ou se boivent et pourvu que la quantité n'en dépassât pas ce qui peut se consommer en peu de temps.

Au XIVe siècle, les officiers de justice n'étaient envoyés dans les

provinces que pour un certain temps, aussi redevenaient-ils capables, leur mission une fois terminée. Mais dès que les officiers de judicature devinrent perpétuels, comme il eût été trop dur qu'un officier judiciaire fut perpétuellement privé du droit de recevoir des donations, l'incapacité des officiers de justice, au lieu de s'étendre à toute donation qui leur serait faite par l'un quelconque de leur justiciables, fut simplement restreinte aux libéralités qui leur proviendraient de personnes ayant un procès pendant devant eux. D'après l'ordonnance d'Orléans, défense est faite aux juges, avocats et procureurs du roi, soit de recevoir des plaideurs (art. 43) « aucun présent, quelque petit qu'il soit, même des vivres, à l'exception seulement du gibier pris dans les terres des princes et seigneurs qui le donnent », soit d'accepter (art. 44) « gages ou pensions des seigneurs et dames du royaume, ni de prendre bénéfice des évêques, abbés ou autres collateurs étant dans leur ressort, ni pour eux, ni pour leurs enfants, parents et domestiques. » Pothier fait remarquer que le gibier donné par un seigneur ne constitue pas à proprement parler une donation; un tel présent ne coûte rien à celui qui le fait et n'enrichit pas celui qui le reçoit, c'est plutôt une politesse de la part celui qui l'offre et une marque de respect de la part de celui qui accepte ; le juge qui le recevrait ne pourrait donc être déclaré concussionnaire par ce seul fait.

La même prohibition est étendue par l'ordonnance de Moulins (art. 19 et 20) à tous les juges, sans distinguer s'ils appartiennent ou non à la justice royale, et par l'ordonnance de Blois (art. 114) à tous les officiers sans distinction. Enfin, d'après l'ordonnance d'Orléans, sont déclarés incapable de recevoir à titre gratuit des justiciables ou des administrés du ressort dans lequel ils exercent leurs fonctions, les clercs des greffes (art. 77), les substituts du procureur du roi (art. 79) et les élus, receveurs et tous autres officiers des tailles.

Nous ne retrouvons plus dans le Code civil aucune de ces incapacités de recevoir à titre gratuit ; du moins n'ont-elles pas été reproduites par le législateur à titre de présomption *juris et de jure*, et sauf, bien entendu, le cas où la preuve de la suggestion et de la captation peut être faite d'après les circonstances particulières à chaque affaire. Mais la trace de ces anciennes prohibitions se retrouve dans le Code de procédure où on lit (art. 378, n°s 7 et 8, *in fine*) : « Tout juge peut être récusé pour les causes ci-après : s'il est donataire ou commensal de l'une des parties.... Si depuis le commencement du procès il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison, ou reçu d'elles des présents. »

§ IV. — *Incapacité des officiers du vaisseau sur lequel le testament est fait.*

L'ordonnance sur la marine du mois d'août 1681, livr. 3, tit. 11, art. 3, déclare nulles les libéralités testamentaires faites au profit des officiers de vaisseau sur lequel le testament a été reçu, à moins qu'ils ne soient parents du testateur. Le motif de cette incapacité est la crainte des abus d'influence qui pourraient se produire, à raison de l'autorité absolue que les officiers de vaisseau exercent sur les passagers et sur tout l'équipage. Et, comme cette autorité est commune à tous les officiers, ils sont tous frappés de l'incapacité, sans distinguer entre ceux qui sont restés étrangers à la rédaction du testament et ceux qui y auraient concouru soit comme rédacteur de l'acte soit comme témoins instrumentaires. Mais de ce qu'un testament fait sur mer contiendrait un legs au profit de l'un des officiers du vaisseau, il ne s'en suit pas que le testament devrait être déclaré nul pour la totalité, dans le cas du moins où l'officier légataire n'a concouru à sa confection ni comme officier public ni comme témoin ; il ne s'agit

alors que d'une nullité partielle et relative, qui ne frappe que cette seule disposition à titre gratuit. Cette solution est d'ailleurs implicitement contenue dans les termes mêmes de l'ordonnance, qui déclare que les libéralités faites au profit des officiers de vaisseau « *ne pourront valoir* ». Enfin, il est à remarquer que l'incapacité des officiers subsiste, quelque soit la forme de testament employée par le testateur, sans en excepter la forme olographe. On conçoit, en effet, que le motif sur lequel repose cette incapacité ne comporte aucune distinction entre les différentes formes de testaments et que, si la prohibition ne pesait pas sur toute espèce de testaments, il serait facile aux officiers du vaisseau d'abuser de leur influence pour forcer un passager à rédiger à leur profit un testament olographe (Valin, sur l'ord. de 1681).

§ V. — *Incapacité des conjoints.*

L'art. 282 de la Coutume de Paris est conçu en ces termes : « Homme et femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donations entre-vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté; ne autrement directetement, ne indirectement, sinon par don mutuel. » Et l'art. 283 ajoute : « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un précédent mariage, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants.* » La prohibition des donations entre époux, qui existait déjà en droit romain, avait été inspirée, nous dit Ulpien (lois 1 et 3, D. *de donat. int. vir. et uxor*), par la crainte « *ne mutuo amore invicem spoliantes, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate..... ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* » C'est qu'en effet il importe de prévenir les abus d'autorité, et surtout les séductions auxquelles l'amour aveugle de l'un des conjoints à l'égard de l'autre pourrait donner

libre carrière ; sans cette sage précaution du législateur, la vie conjugale serait troublée par les convoitises et, pour assurer la paix domestique, l'époux le plus faible sacrifierait presque toujours ses intérêts, au grand préjudice de la morale et du bon ordre dans la famille. Mais, d'un autre côté, il peut arriver que l'un des époux ait le désir légitime de récompenser le dévouement et l'affection de son conjoint ; il y a là un sentiment respectable, à la manifestation duquel la prohibition absolue de toutes libéralités entre époux aurait pour effet de mettre obstacle. Aussi les lois romaines avaient-elles fini par décider que, si le conjoint donateur était mort sans avoir révoqué la donation, celle-ci serait valable comme donation à cause de mort, quand bien même elle n'aurait pas été confirmée par testament (Loi 32, D. *loc. cit.*).

Cette confirmation des donations entre époux par la mort du donateur fut empruntée au droit romain par la jurisprudence des pays de droit écrit et ce principe y fut suivi, même après l'ordonnance de 1731 qui prohibait les donations à cause de mort. Mais dans les pays de Coutumes, et principalement dans le ressort du Parlement de Paris, à partir de l'ordonnance de 1731 la donation entre époux ne fut plus regardée comme confirmée par la mort du conjoint donateur. La Coutume d'Orléans (art. 280) a même une disposition formelle en ce sens.

Il se produisit, relativement à la prohibition des libéralités entre époux, une grande variété de doctrines dans le pays de droit coutumier. Le plus grand nombre des Coutumes, et entre autres celles de Paris (art. 282) et d'Orléans (art. 280) défendaient aussi bien les libéralités entre-vifs que les libéralités testamentaires, consenties entre époux pendant le mariage. D'autres restreignaient la prohibition aux donations entre-vifs et permettaient les libéralités testamentaires. Enfin quelques Coutumes autorisaient même les donations entre-vifs, sauf certaines restrictions ; telles étaient les Coutumes de Touraine, du Poitou, etc... Mais, même

dans les Coutumes les plus sévères, celles de Paris (art. 280) et d'Orléans (art. 281) notamment, on permet entre mari et femme pendant le mariage les donations mutuelles faites dans certaines conditions ; ainsi, pour la validité du don mutuel entre époux, il faut que ni l'un ni l'autre des époux n'ait d'enfant au jour du décès du prémourant, que le don mutuel ait pour objet seulement des biens de la communauté, qu'il soit fait en usufruit, qu'il y ait une égalité parfaite entre ce que l'un des conjoints donne à l'autre et ce qu'il en reçoit, enfin que le donataire donne bonne et valable caution de restituer. C'est précisément à cause de ce caractère de mutualité que ces sortes de donations entre époux paraissaient moins dangereuses et qu'elles furent autorisées comme devant être moins le résultat de manœuvres dolosives et de la captation.

Une autre exception à l'incapacité des époux résultait encore de l'art 281 de la Cout. de Paris qui permettait aux père et mère de se faire des dons mutuels en mariant leurs enfants. Ce second tempérament apporté à l'incapacité des conjoints avait pour but de les encourager à établir leurs enfants par le mariage et à cet effet, en échange de la dot dont ils se dessaisissaient en faveur de leurs enfants, on leur accordait la permission de se faire des dons mutuels.

Comme les Coutumes prohibaient entre époux les libéralités indirectes aussi bien que les avantages faits directement, on en vint naturellement à interdire à chacun des époux de gratifier durant le mariage les enfants que son conjoint aurait eus d'une précédente union. La raison en est que ce qui est donné à nos enfants est censé donné à nous-mêmes et que la prohibition des donations entre mari et femme eût été trop facilement éludée, s'il avait été permis à l'un des époux de donner aux enfants de son conjoint ; celui-ci n'aurait jamais manqué, en effet, de faire donner à ses enfants ce que la loi ne permettait pas qu'on lui donnât à lui-même. Ainsi, dans toutes les Coutumes qui défendaient les dona-

tions entre mari et femme, le droit commun était que les libéralités sont défendues aussi bien entre l'un des époux et les enfants que l'autre a eus d'un précédent mariage qu'entre les conjoints eux-mêmes. Toutefois la Coutume de Paris (art. 283) fait exception à la généralité des Coutumes et permet à l'époux qui n'a pas d'enfants de gratifier les enfants que son conjoint aurait eus d'un précédent mariage. C'est ainsi qu'un arrêt de 1583, rendu en forme de règlement et interprétant ces mots de l'art. 283 « au cas qu'ils, ou l'un d'eux aient enfants », décide que, lorsque l'un des époux n'a aucune postérité ni de son mariage actuel ni de précédents mariages, il lui est permis de donner ou léguer aux enfants que son conjoint aurait eus d'une précédente union (Poth. Don. ent. mari et femme n° 111), Telle fut l'interprétation de l'art. 283 généralement suivie par les commentateurs ; notons seulement le dissentiment de Laurière qui, sans distinguer si l'époux donateur avait ou non des enfants, le déclarait dans tous les cas incapable de donner aux enfants de son conjoint.

L'incapacité d'un époux de donner à son conjoint ne commence que du jour du mariage ; auparavant toutes donations, soit par contrat de mariage, soit autrement, sont permises entre futurs mari et femme. Toutefois l'Édit des Secondes Noces de 1560 vint apporter quelques modifications à cette règle. Par cet Édit, en effet, il est interdit à l'homme ou à la femme veufs qui se remarient de donner à leur nouveau conjoint aucun des biens provenant de leur premier conjoint ; et en outre si c'est une femme veuve qui se remarie et si elle a des enfants de son premier mariage, elle ne peut donner soit à son nouveau mari, soit au père, à la mère ou aux enfants de celui-ci, sur les biens propres ou acquêts qui lui appartiennent personnellement qu'une part d'enfant le moins prenant (Cout. de Paris, art. 279 ; d'Orléans, art. 253 ; d'Amiens, art. 107).

Telle avait été organisée, dans notre ancien droit, l'incapacité

des époux de se faire des libéralités soit avant, soit durant le mariage. La législation intermédiaire, rompant brusquement avec toutes les idées depuis si longtemps accréditées dans les esprits, abolit à peu près toutes les restrictions apportées en cette matière et permit toutes donations entre époux n'ayant pas d'enfants (art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse, an XII). C'était ouvrir la porte aux plus scandaleux abus. Mais les auteurs du Code Napoléon, revenant à des idées plus modérées, trouvèrent un tempérament nécessaire dans la faculté laissée à l'époux donateur de révoquer sa donation. Sous cette réserve de la révocabilité, les époux sont désormais capables de se faire l'un à l'autre telles donations qu'il leur plaît (art. 1096 C. civ.). La prohibition de l'ancien droit disparaît ; mais nous n'aurons pas à étudier dans le droit moderne l'incapacité entre époux. Il est vrai que les art. 1094 et 1098 semblent encore soulever une question d'incapacité, à cause de la généralité des termes dans lesquels ces articles sont conçus « l'homme ou la femme..... ne *pourra* donner.....; l'époux *pourra*, etc. » Mais en réalité ces articles ne font autre chose qu'établir une quotité disponible spéciale entre époux, ils posent une règle d'indisponibilité, mais non pas une règle d'incapacité. Or, l'étude de l'indisponibilité ne rentre pas dans le cadre de ce travail. La seule conséquence que nous voulions tirer de la question d'indisponibilité soulevée par les art. 1094 et 1098, c'est que, pour apprécier le sort d'une libéralité entre époux, il faut se placer, non plus à l'époque de la donation ou de la confection du testament, mais à l'époque du décès du disposant ; en d'autres termes, la libéralité faite entre époux n'est pas nulle comme autrefois, elle est seulement sujette à réduction.

§ 6. — *Incapacité des bâtards.*

Le droit coutumier déclarait les bâtards incapables de recevoir des libérali és de leurs père et mère. « Cette incapacité est fondée, nous dit Pothier (Intr. au t. XVI de la Cout. d'Orléans, n° 43), sur l'indécence qu'il y a qu'une personne préfère ou égale ses bâtards à ses parents légitimes. » Et Ricard donne également cette raison que permettre aux père et mère de disposer à titre universel au profit de leurs enfants naturels, ce serait « couronner le vice ». Ainsi le motif de cette incapacité, c'est qu'il y a nn intérêt moral à ce que les père et mère naturels ne puissent dépouiller leurs parents légitimes pour enrichir le fruit de leurs désordres ; c'est qu'il importe de faire respecter l'institution du mariage en ne permettant pas que l'enfant naturel reçoive, au détriment de la famille, les mèmes avantages que l'enfant issu d'une union légitime.

L'incapacité des enfants naturels a son origine dans le droit romain. La Nov. 89, ch. 12, n'accorde aux *liberi naturales* qu'au sixième dans la succession de leur père, quand celui-ci ne laisse ni enfants légitimes, ni épouse, et ils ont droit seulement à des aliments dans le cas contraire. La même Novelle, ch. 15, défend de donner même des aliments aux enfants incestueux *(ex damnato coitu)*.

Quant à l'étendue de l'incapacité dans le droit Coutumier, il faut distinguer entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins ou incestueux. Les premiers sont, dans la majorité des Coutumes, reconnus incapables de recevoir de leurs père et mère des libéralités à titre universel, mais on permet à leur profit les libéralités à titre particulier. Pothier (Don. ent.-vifs, sect. 1,

art. 2, § 6) dit que les enfants naturels simples « sont incapables seulement des donations universelles, mais ils sont capables de donations de choses particulières, quoique considérables. » Le même auteur (Don. Test., ch. 3, art. 3) reproduit la même doctrine à propos des legs et ajoute : « Quant aux dispositions universelles qui seraient faites au profit des bâtards ordinaires, elles sont réductibles à une certaine somme que le juge ordonnera leur être délivrée en biens de la succession pour servir à leur établissement, laquelle somme peut être plus ou moins grande, selon les forces de la succession. » Ainsi Pothier admet comme possible la réduction d'un legs universel. Par contre il admet également la réduction des legs particuliers et déclare que, « s'ils sont excessifs et absorbent la plus grande partie des biens du testateur, ils seront réductibles *arbitrio judicis.*» C'est par application de cette doctrine qu'au XVIIe siècle le Parlement de Paris avait, sur les conclusions de Talon, réduit une disposition à titre particulier faite par un père à son enfant naturel, parce que cette libéralité pouvait être considérée comme excessive eu égard aux forces de la succession et que, dit l'arrêt, si on devait laisser subsister toutes les dispositions particulières, il eût été inutile de prohiber les dispositions universelles. Ricard et Furgole n'admettent au profit des enfants naturels que les dispositions à titre particulier. Duplessis voulait que, quand un père avait des enfants légitimes, il ne pût donner à son enfant naturel plus qu'à l'enfant légitime le moins prenant. Loysel (Liv. 1, n° 43) est beaucoup plus sévère : « Maître Martin Double (conseiller au Châtelet sous Charles VII) tenait, dit-il, que les bâtards ne pouvaient recevoir legs de père ni de mère, ce qui doit s'entendre de legs excédant leur nourriture. » C'est ainsi que les Coutumes de Bretagne (art. 476) et de Poitou (art. 277) n'autorisent également que les dispositions en usufruit ou pour aliments. Par contre, les Coutumes d'Auvergne (art. 47) et du Bourbonnais (art. 219) permettent au père de faire

même des dispositions à titre universel en faveur du mariage de son bâtard.

Pothier (Tr. des pers. 1re partie, tit. 4) dit qu'à l'égard des étrangers les bâtards sont capables de recevoir toutes sortes de donations et de legs, soit universels, soit particuliers. Cela allait de soi ; les bâtards ne sont en effet frappés que d'une incapacité relative, qui ne les atteint que dans leurs rapports avec leurs père et mère. Mais cette incapacité du bâtard rejaillit jusque sur ses enfants, même légitimes. « Nous ne pouvons pas plus laisser aux enfants de notre bâtard, quoique issus de son légitime mariage, que nous ne pourrions laisser à notre bâtard ; car c'est par les mêmes liens et par la même origine criminelle qu'ils nous appartiennent, puisque c'est par lui qu'ils nous viennent » (Pothier Intr. au tit. 16 de la Cout. d'Orléans, n° 43).

Quant aux enfants naturels adultérins ou incestueux, ils étaient, dans l'ancien droit, incapables de recevoir quelque libéralité que ce fût, si ce n'est pour cause d'aliments. Pothier (Tr. des pers. 1re part., tit. 4) dit que les bâtards nés d'une conjonction adultérine ou incestueuse sont d'une condition pire que les autres bâtards, en ce qu'ils sont incapables de recevoir toute donation de leurs père et mère, même à titre particulier ; il ajoute qu'ils peuvent néanmoins recevoir des aliments. Ricard pense même que l'incapacité des bâtards adultérins ou incestueux doit être étendue même aux enfants de ces bâtards, « tant, dit-il, parce qu'ils sortent d'une source infecte que parce que ce serait indirectement donner à leur père que de leur donner. » Cette dernière raison n'a de valeur que pour le cas où le père serait encore vivant.

Le droit intermédiaire apporta un adoucissement aux rigueurs avec lesquelles les enfants naturels avaient été traités dans l'ancien droit ; malheureusement la réaction qui se produisit alors en leur faveur eut bientôt dépassé les plus justes limites. D'après la loi du 12 brumaire an II, les enfants naturels simples ont dans la

succession de leurs père et mère les mêmes droits que les enfants légitimes et les enfants adultérins ou incestueux obtiennent, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la part à laquelle ils auraient droit s'ils étaient issus d'un légitime mariage. De plus, le législateur attribue à cette loi de brumaire un effet rétroactif sur toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Une telle protection accordée par la loi aux enfants issus du concubinage et même au fruit des plus monstrueux désordres ne pouvait manquer de porter une atteinte grave à la dignité du mariage et on ne tarda pas à s'en apercevoir. En effet, la loi du 3 vendémiaire an IV et celle du 15 thermidor suivant commencèrent par supprimer l'effet rétroactif qu'on avait sî légèrement attribué à la loi du 12 brumaire. D'autre part, une jurisprudence presque unanime, qui fut plus tard confirmée par la loi du 14 floréal an XI, s'efforça de restreindre l'application de la loi de brumaire et fit triompher l'interprétation d'après laquelle cette loi ne devait pas régir les successions ouvertes depuis sa promulgation jusqu'à l'apparition du Code civil. Ainsi toutes les questions relatives aux droits successifs des enfants naturels furent réservées jusqu'à la promulgation du futur Code civil.

§ VII. — *Incapacité des concubins.*

On disait dans l'ancien droit « Don de concubin à concubine ne vaut ». Cette maxime est consacrée formellement par plusieurs Coutumes (Tours, art. 246, Maine, art. 354, Anjou, art. 342), et par l'Ordonnance de 1629, art. 132. On jugea que cette doctrine devait être également suivie dans les Coutumes qui n'avaient pas de dispositions sur cette matière. Il y a de cette incapacité plusieurs motifs qui sont donnés par Pothier. D'abord il serait contraire aux bonnes mœurs et à l'honnêteté publique que des personnes vivant en concubinage pussent recevoir par des donations

la récompense de leur mauvais commerce ; il faut donc annuler tout ce qui pourrait servir à fomenter et entretenir l'union des concubinaires. En second lieu, Pothier constate que l'amour engendré par les unions illégitimes est ordinairement plus violent que celui qui naît du mariage ; aussi, dit-il, si on a cru devoir défendre les donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore spoliarentur*, à bien plus forte raison devait-on les interdire entre concubins. Enfin le même auteur, rappelant que les Ordonnances prohibent les donations faites à certaines personnes, à raison de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur, se demande qui peut exercer snr l'esprit d'un homme un plus grand ascendant que sa concubine et il cite les exemples de Dalila à l'égard de Samson et des concubines du roi Salomon.

L'incapacité entre concubins subsistait même après que ces personnes étaient séparées (Pothier, Don. 1re part. n° 31). On craignait que les libéralités même faites après leur séparation ne soient la récompense de leurs habitudes immorales. Toutefois, lorsqu'un homme et une femme, ayant vécu en concubinage, contractent un mariage légitime, ils deviennent capables de se faire des donations par leur contrat de mariage ; la dignité du mariage efface dans ce cas, dit Pothier, la honte du mauvais commerce qu'ils ont eu par le passé. Mais cette donation par contrat de mariage pourrait être déclarée nulle, ou du moins réduite, si elle était excessive, comme le serait une donation de tous biens ; elle apparaîtrait alors comme dictée par la passion et comme étant le résultat de l'empire que l'un des concubins a conservé sur l'autre.

La preuve du concubinage peut être faite contre le donataire par les héritiers du donateur après la mort de celui-ci. On s'est demandé à ce propos si des enfants, qui ont été légitimés par le mariage de leur père avec sa concubine, seraient recevables après la mort de leur père à attaquer la donation faite dans le contrat de

mariage en faveur de leur mère ; pour leur dénier ce droit, on disait que ce contrat de mariage était le titre qui leur avait donné leur état civil. Mais Pothier n'hésite pas à leur accorder le droit de demander la nullité de la donation, par cette raison que le titre qui leur a donné leur état civil, c'est le mariage et non pas, comme on le prétendait, le contrat de mariage.

Bien que les donations soient prohibées entre concubins, on permet néanmoins à la concubine de recevoir des donations modiques, pour cause d'aliments. Mais, même dans les cas où la donation est considérable, on voit peu à peu l'usage s'introduire de ne pas la déclarer entièrement nulle, mais de la réduire aux proportions d'une simple pension alimentaire. Bourjon dit : « Pour être capable de donation d'aliments, il suffit de vivre. » Et Ricard, de son côté, donne cette raison : « Il convient que la donataire ait moyen de vivre hors du vice. »

Cette incapacité relative de disposer et de recevoir à titre gratuit entre personnes vivant en concubinage avait été reproduite dans le projet du Code civil, mais elle n'a pas été maintenue dans la rédaction définitive. Le législateur a considéré sans doute que la preuve du concubinage serait la source de toutes sortes de désordres, qu'elle donnerait lieu à des inquisitions regrettables qui viendraient troubler l'honneur des familles et jeter la flétrissure sur la mémoire des morts. Il a préféré laisser les concubins sous l'empire de la règle générale de la capacité (art. 902) sauf, bien entendu, la preuve suivant le droit commun des faits de captation et de suggestion qui auraient été la cause déterminante de la libéralité.

PREMIÈRE PARTIE

Incapacités relatives édictées par le Code civil et les lois spéciales.

Plusieurs des incapacités relatives de l'ancien droit n'ont pas été reproduites par le Code civil, telles sont : l'incapacité des concubins, celle des ministres de la justice et celle des époux pendant le mariage. Il en subsiste néanmoins un certain nombre que nous pouvons ranger en six catégories ; cinq d'entre elles sont des incapacités établies par le Code civil ; il y en a une sixième qui a été créée par une loi postérieure au Code. Nous étudierons donc successivement : 1° L'incapacité du tuteur dans ses rapports avec son pupille; 2° l'incapacité des enfants naturels dans leurs rapports avec les parents ; 3° l'incapacité du médecin et du ministre du culte dans leurs rapports avec le malade qu'ils soignent ou qu'ils assistent pendant sa dernière maladie ; 4° l'incapacité des témoins instrumentaires du testament et de leurs proches parents (art. 975 C. civ.) et l'incapacité analogue du notaire et de ses proches (art. 8 de la loi du 25 ventôse, an XI) ; 5° l'incapacité des officiers du vaisseau sur lequel le testament a été fait. Ces deux dernières incapacités sont des incapacités relatives de disposer ou de recevoir par testament ; elles n'ont pas d'application en ce qui concerne les donations, 6° l'incapacité des membres des congrégations religieuses légalement reconnues, dans leurs rapports avec les autres membres de la communauté et avec la communauté elle-même (art. 4 et 5 de la loi du 24 mai 1825).

CHAPITRE I. — De l'incapacité du mineur ou de l'ex-mineur de disposer au profit de son tuteur ou de celui qui a été son tuteur.

L'art. 907 est ainsi conçu : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donations entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs qui sont ou qui ont été leurs tuteurs. »

I. *Motifs de la prohibition de l'art.* 907. — La loi, soucieuse à juste titre d'assurer la libre volonté du disposant et considérant l'état de dépendance sous laquelle est placé le pupille à l'égard de son tuteur, a voulu que ce dernier ne pût recevoir aucune libéralité de son pupille pendant la tutelle. La même incapacité subsiste même après que la tutelle a pris fin, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu. Ce n'est pas à dire que toute libéralité, intervenant dans les cas prévus par la loi, doive être nécessairement présumée le résultat d'un abus d'influence ; certainement la disposition de l'art. 907 a pour objet d'empêcher qu'une volonté étrangère ne vienne peser sur la liberté du disposant ; mais il importe également de ne pas oublier que les tuteurs sont souvent des personnes très honorables qui, pour la plupart, sont incapables d'abuser de leur autorité en vue d'un enrichissement personnel ; en tous cas ils sont chargés dans un intérêt social de fonctions quelquefois fort onéreuses et purement gratuites ; ce serait mal reconnaître les services qu'ils rendent à la société que de les envelopper dans une suspicion qui, par son

caractère général et absolu, serait injurieuse pour toute cette classe de personnes et sans aucun doute excessive.

Le vœu du législateur a été précisément de mettre les tuteurs à l'abri de soupçons blessants de cette nature. Toutefois il suffit que l'abus soit possible, pour que la loi ait songé à le prévenir ; elle a voulu que la fonction du tuteur soit complètement désintéressée et, pour marquer davantage ce caractère de désintéressement qu'elle y attache, elle annule toute libéralité qui pourrait intervenir tant que la tutelle n'a pas pris fin par une reddition de compte. Ainsi donc l'article 907 a été inspiré par des considérations tirées des convenances et de la dignité du tuteur non moins que par le désir de protéger le mineur et d'écarter de lui toute tentative de captation.

II. — *Nature de la présomption.* — La disposition à titre gratuit est nulle par cela seul qu'elle a été faite par le mineur à son tuteur pendant la tutelle, ou par l'ex-mineur avant l'apurement du compte. La libéralité eût-elle été dictée par un sentiment tout spontané d'affection ou de reconnaissance, la captation ou la fraude n'eussent-elles d'aucune façon provoqué ou déterminé la générosité du mineur, peu importe. La prohibition est générale et absolue, et la preuve contraire ne pourrait pas être offerte par le bénéficiaire ; la seule ressource qu'il ait serait de déférer le serment au disposant ou de le faire interroger sur faits et articles, et encore faudrait-il que, à l'époque où le serment est prêté et où l'aveu intervient, le disposant soit relevé de son incapacité et en état de pouvoir valablement s'obliger par un serment ou un aveu.

C'est qu'en effet il s'agit dans l'article 907 d'une présomption *juris et de jure* ; or, suivant l'article 1352, « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes. » Il n'y a donc pas à se préoccuper du point de savoir si, au moment de la disposition, l'influence du tuteur sur l'esprit de son pupille a été

rendue impossible par les circonstances. Ainsi, le mineur aurait-il toujours vécu, et cela jusqu'à sa mort, éloigné de son tuteur par de grandes distances ; aurait-il disposé au profit d'un tuteur avec lequel il n'a jamais habité, qu'il n'a même jamais connu ; ce sont là autant de faits sans conséquence et l'incapacité n'en subsiste pas moins. Il n'y a pas non plus à se préoccuper de l'importance plus ou moins grande de la libéralité faite au tuteur ; un simple legs rémunératoire devrait être déclaré nul ; lorsque la loi entend permettre les dispositions rémunératoires, elle prend soin de s'en expliquer formellement ; c'est ce qu'elle fait dans l'article 909 ; or, le silence qu'elle garde dans l'article 907 montre clairement que la probibition établie par ce dernier article doit être interprété dans un sens absolu et sans aucune exception.

III. *Caractère de l'incapacité.* — Il s'agit, dans l'article 907 d'une incapacité relative, c'est-à-dire d'une incapacité qui n'existe que dans les rapports du mineur et de son tuteur. Agé de moins de seize ans, le mineur est frappé d'une incapacité absolue de disposer (art. 903) au profit de qui que ce soit, sauf l'exception établie en faveur du mariage par l'article 1095. Parvenu à l'âge de seize ans, il jouit de la capacité de disposer par testament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904), mais même dans cette limite il reste incapable à l'égard de son tuteur ; vis à vis de ce dernier, il continue, quoique âgé de plus de seize ans, d'être aussi incapable qu'il l'était avant d'avoir atteint cet âge. De même, arrivé à sa majorité, l'ex-mineur peut disposer de la totalité de ses biens au profit de toute personne, soit par donation, soit par testament, mais son incapacité se continue encore par rapport à celui qui a été son tuteur jusqu'à l'époque de la reddition du compte de tutelle. Comme on le voit, l'article 907 renferme donc une double prohibition : de 16 à 21 ans, le mineur ne peut pas faire à son tuteur même de dispositions testamentaires, les seules pour lesquelles il ait une demi-capacité

à l'égard de toute autre personne. Au-dessus de 21 ans, le mineur, devenu majeur, est aussi bien incapable vis à vis de son tuteur de libéralités entre-vifs que de libéralités testamentaires, jusqu'à ce que son compte de tutelle ait été rendu et apuré.

En suivant l'ordre progressif adopté par la loi pour délimiter les différents degrès de capacité du mineur, on remarque que l'incapacité édictée par les articles 903 et 904 est incontestablement une incapacité *de disposer*, qui vise la personne du mineur seul et nullement la personne qui reçoit la libéralité ; on s'est demandé si l'incapacité établie par l'article 907 est de même nature que celle des articles 903 et 904, c'est-à-dire s'il s'agit encore là d'une incapacité *de disposer* frappant le mineur ou si ce ne serait pas plutôt une incapacité *de recevoir* affectant la personne du tuteur. Marcadé (art. 907, n° 3) pense que l'incapacité de l'article 907 est dirigée non pas contre le mineur, mais uniquement contre son tuteur, parce que, dit-il, un mineur en face de son tuteur n'a pas moins d'intelligence, moins de maturité d'esprit que vis-à-vis de toute autre personne. Au contraire, le tuteur inspire ou n'inspire pas de défiance, il est ou il n'est plus suspect, suivant qu'il est encore ou qu'il n'est plus sous l'obligation gênante de rendre ses comptes. Donc, conclut cet auteur, l'article 907 ne rend pas le mineur incapable de disposer ; il ne rend que le tuteur incapable de recevoir.

L'opinion contraire est soutenue par la majorité des auteurs. S'appuyant sur le texte même de l'article 907 « le mineur *ne pourra disposer* au profit de son tuteur.... », il est clair, dit-on dans ce second système, que ce n'est pas le tuteur que cet article rend incapable de recevoir, mais que c'est le mineur qu'il rend incapable de disposer. (En ce sens Laurent, t. 11, n° 330). M. Demolombe croit également que cette dernière doctrine se rapproche plus de la vérité que la première, bien qu'il considère chacune d'elles comme trop absolue. Suivant lui, il s'agit dans l'article

907 d'une incapacité relative, c'est-à-dire d'une de ces incapacités de personne à personne qui atteignent tout à la fois la faculté de disposer chez le mineur et la faculté de recevoir chez le tuteur. Et, en effet, toute incapacité relative suppose précisément dans chacune des personnes qui en est atteinte une corrélation des causes de l'incapacité ; il y a donc une double incapacité.

Qu'on ne dise pas, avec Marcadé, que le mineur, ayant autant de maturité d'esprit en face de son tuteur que vis-à-vis de toute autre personne, n'est pas par cela même incapable. La vérité est que, si son intelligence est aussi développée dans un cas que dans l'autre, son indépendance n'est certainement pas entière quand il se trouve en présence de son tuteur comme elle l'est en face de toute autre personne ; la loi présume que le tuteur exerce sur l'esprit de son pupille une influence telle que la volonté de celui-ci n'est pas libre ; c'est pourquoi elle déclare le mineur incapable de disposer, tout en défendant par là même au tuteur de recevoir. On peut même ajouter que dans cette double incapacité, c'est l'incapacité active du mineur que la loi a principalement en vue. En effet le mineur, en face de son tuteur, est aux yeux de la loi dans la même situation que s'il n'était pas sain d'esprit, de sorte que l'incapacité de l'art. 907 n'est autre chose que l'incapacité de l'art. 901, avec cette seule différence que l'incapacité de fait édictée par l'art. 901 est devenue dans l'art. 907 une incapacité de droit par suite de la présomption légale. Or, quand un testateur n'est pas sain d'esprit, en d'autres termes quand il y a captation, dit-on que la libéralité est nulle parce que le bénéficiaire est incapable de recevoir? Nullement ; on dit alors qu'il y a nullité parce que le disposant est incapable de donner ou de tester. L'incapacité de l'art. 907, reposant sur le même fondement que celle de l'art. 901, est donc aussi une incapacité de disposer.

Cette interprétation de l'art. 907 est couforme d'ailleurs à la

pensée qui a inspiré sa rédaction et à l'exposé des motifs qui en a été fait par Bigot de Préameneu : « Il ne suffit pas, disait l'orateur du gouvernement, que la volonté soit certaine, il faut encore qu'elle n'ait pas été extorquée et contrainte par l'empire qu'aurait sur l'esprit du donateur celui au profit duquel est la disposition. Cet empire est tel de la part d'un tuteur sur son mineur, les abus seraient à cet égard si multipliés qu'il a été nécessaire d'interdire au mineur la *faculté de disposer*, même par testament, au profit de son tuteur. »

C'est également le système suivi par la cour de cassation. Dans un arrêt du 27 nov. 1848 (Sirey 1849, 1, 12) la cour a décidé que le legs fait par le pupille, devenu majeur, à son tuteur, avant la reddition du compte de tutelle, est nul, bien que le compte ait été ultérieurement rendu avant le décès du pupille. Il est vrai que la cour fait reposer le principe de sa décision sur l'ancienne règle catonienne, d'après laquelle la capacité du légataire doit exister non seulement au décès du testateur, mais encore lors de la confection du testament. L'application de la règle catonienne était déjà très contestée dans notre ancien droit, et il est fort probable que les rédacteurs du Code n'ont pas songé à la reproduire, c'est du moins l'opinion presqu'unanime des auteurs : la Cour n'avait donc pas à faire revivre la règle catonienne pour fonder sa décision. Mais la cour suprême est revenue aux véritables principes dans un arrêt postérieur (11 nov. 1864, S. 64, 1, 261) où elle reconnaît que le testament fait contrairement à l'art. 907 doit être considéré comme le résultat de la captation ou de la suggestion, qu'étant ainsi entaché d'un vice du consentement il doit être annulé dans son entier et qu'il est par conséquent impuissant même pour révoquer un testament antérieur. « Attendu, dit l'arrêt, que la prohibition édictée par l'art. 907 repose sur un défaut présumé de volonté du testateur, que cette présomption de la loi est fondée sur l'empire qu'à ses yeux le

tuteur exerce nécessairement sur l'esprit de son pupille et qui ne laisse pas à celui-ci une liberté de volonté suffisante pour tester valablement au profit de son tuteur.... qu'il s'agit dans l'espèce non seulement d'une incapacité de l'institué, mais encore *et principalement de l'incapacité du disposant lui-même*..... Par ces motifs, casse etc..... »

Les conséquences pratiques qui découlent de la doctrine que nous venons d'exposer sur le caractère de l'incapacité de l'art. 907 sont importantes. En effet, si on admet, avec le second système, qu'il s'agit d'une incapacité active de disposer, le testament fait par le mineur à l'époque où il est encore dans les liens de l'incapacité n'a et ne peut produire aucun effet ; il restera dénué d'effet, quels que soient les évènements ultérieurs.

Ainsi, quand bien même ce mineur, à l'époque de son décès, aurait été relevé de son incapacité, soit par sa majorité, soit par l'apurement du compte de tutelle, soit par l'expiration d'un délai de dix ans depuis sa majorité, la disposition serait nulle, parce qu'il faut que le disposant soit capable à la double époque de la confection du testament et du décès. De même encore supposons que le mineur fait un legs au profit d'un individu qui n'est pas son tuteur à l'époque de la confection du testament, mais qui l'est devenu depuis. Ce legs devra être annulé, d'abord parce qu'il s'agit dans l'article 907 d'une incapacité de disposer et que la capacité doit exister à la double époque de la confection du testament et du décès. En second lieu, comme le faisait déjà remarquer Ricard, parce que, s'il est nécessaire que le testateur jouisse de sa pleine liberté au moment où il teste, il est non moins nécessaire qu'il conserve jusqu'à son décès l'entière liberté de pouvoir révoquer son testament. — Au contraire si on admettait avec le premier système que l'article 907 établit seulement une incapacité passive, le legs, bien que fait en temps d'incapacité du bénéficiaire, deviendrait valable par cela seul que le légataire se-

rait devenu capable à l'époque du décès du testateur, parce que c'est à cette époque seulement et non pas à celle de la confection du testament que doit exister la capacité du légataire pour recueillir un legs. Autre conséquence : supposons un legs fait au tuteur par son pupille pendant la période d'incapacité ; dans l'intervalle de la confection du testament au décès, une loi nouvelle vient abroger l'article 907 ; il s'en suivra que la disposition continuera d'être nulle, si l'incapacité de l'article 907 est une incapacité active de disposer; au contraire elle deviendrait valable, si notre article n'édictait qu'une incapacité passive de recevoir. En résumé, d'après le système que nous adoptons, c'est non-seulement à l'époque du décès mais anssi au moment même où la disposition est faite qu'il faut se placer pour apprécier la validité de la libéralité ; les conditions édictées par l'article 907 font-elles défaut à l'une de ces deux époques, tout est définitif, la nullité ne peut disparaître par l'effet d'aucun événement ultérieur. D'après la doctrine adverse, au contraire, tout resterait en suspens jusqu'au décès du disposant et, si l'incapacité n'existait plus à cette époque, la disposition devrait recevoir son exécution.

IV. *A quelles personnes s'applique l'incapacité de l'article* 907? En principe est comprise dans la prohibition toute personne qui, en qualité de tuteur, a ou a eu le gouvernement de la personne du mineur et l'administration de ses biens ; en d'autres termes, doivent être déclarés incapables tous ceux qui, investis de la qualité de tuteur, pourraient être tentés de puiser dans l'autorité que leur donne cette fonction assez d'empire sur le pupille pour déterminer une libéralité à leur profit. Au nombre des incapables se trouvent certainement :

1° Tous tuteurs, sans distinguer s'ils sont légaux, testamentaires ou datifs.

2° Le protuteur, dans les cas où il peut en être nommé un (art. 417), le protuteur est, en effet, un véritable tuteur ; il est vrai

qu'il n'a pas la garde du mineur, mais il y a des tuteurs proprement dits qui n'ont pas cette garde et ils n'en sont pas moins incapables. La seule différence importante qui distingue le protuteur du tuteur, c'est que ses pouvoirs sont limités à l'administration d'une partie seulement de la fortune du mineur, mais comme il doit compte de cette administration, il y a donc même raison de craindre les abus d'influence de sa part que de la part d'un tuteur ordinaire (Cass. 27 nov. 1848. Sir. 49, 1, 12).

3° Le tuteur officieux (art. 365 et 370). Dans la plupart des cas, il a l'administration de la personne et des biens du pupille comme un tuteur ordinaire; plus que celui-ci peut-être et à cause du caractère purement volontaire et charitable de sa mission, il peut avoir sur l'esprit du mineur l'influence que redoute la loi.

4° Le cotuteur (art. 395 et 396); il s'agit du second mari de la veuve qui se remarie; il devient cotuteur, lorsque la mère est maintenue dans la tutelle : le mari et la femme dans ce cas exercent la tutelle conjointement et ont ensemble la gestion des biens, l'un et l'autre sont de véritables tuteurs, ils sont donc incapables. Toutefois la mère profite de l'exception établie en faveur des ascendants par le dernier paragraphe de l'article 907, mais il n'en pourrait être de même du second mari, car l'exception introduite au profit des ascendants ne comprend certainement pas les alliés (Metz, 18 janv. 1821, S. 2, 252).

La question présente plus de difficultés, lorsque la mère s'étant remariée sans s'être préalablement fait maintenir dans la tutelle par le conseil de famille, le second mari se trouve, aux termes de l'article 395, responsable solidairement avec elle des suites de la tutelle indûment conservée. Dans cette hypothèse, il n'y a plus de tuteur, puisque la mère, dit la loi, perd de plein droit la tutelle ; il ne peut donc plus y avoir de cotuteur. Mais on répond : il n'en subsiste pas moins une tutelle de fait, il y a de la part de la mère et de son second mari une gérance d'affaires, une administration

sans droit. Que faut-il donc décider dans ce cas et dans tout autre semblable où un gérant de fait s'est emparé de l'administration des biens du pupille ? Le mineur pourra-t-il disposer au profit de ce gérant, soit pendant sa minorité, soit après sa majorité mais tant que n'est pas intervenue la reddition du compte ? D'après un premier système, la prohibition de l'article 907 ne devrait pas s'appliquer au tuteur de fait ; la capacité est la règle, dit-on, l'incapacité, l'exception ; les incapacités sont donc de stricte interprétation, elles ne peuvent recevoir d'application en dehors du texte précis de la loi ; or la loi déclare le mineur incapable de disposer au profit de son tuteur et dans notre espèce, en s'en tenant aux dénominations précises de la loi, il est incontestable que, s'il y a un mineur, il n'y a certainement pas de tuteur, donc pas d'incapable. Qu'on ne dise pas qu'il y a un tuteur de fait lequel doit être assimilé au tuteur de droit. C'est là une pure fiction que le législateur aurait pu admettre mais qu'il n'a pas admise et qui par conséquent doit être repoussée. Il a, en effet, dans une longue série d'articles, déterminé à quelles personnes et à quelles conditions il reconnaît la qualité de tuteur ; mais il n'est pas permis d'attribuer ce titre à des personnes qui ne sont pas légalement qualifiées ainsi ; vouloir suppléer à la loi, ce serait non plus l'interpréter, mais la réformer. Il ne faut donc pas dire qu'il y a un tuteur de fait, c'est un simple gérant d'affaires dont il s'agit et sa responsabilité est réglée soit par le droit commun de la gestion d'affaires, soit, s'il s'agit du second mari, par l'article 395 qui a entouré les intérêts et la fortune du mineur d'une garantie, à laquelle il n'est pas permis d'ajouter une nouvelle cause d'incapacité qui n'aurait pas été créée par la loi (en ce sens Laurent, t. XI, p. 461 et C. de Nîmes 16 août 1833 S. 34, 2, 118).

La doctrine contraire est adoptée par la jurisprudence et la majorité des auteurs, et l'on décide généralement que celui qui,

sans avoir la qualité légale de tuteur, en a en fait rempli les fonctions, doit être traité comme le tuteur de droit. C'est qu'en effet il importe de ne pas perdre de vue le motif principal pour lequel le législateur a édicté l'article 907 : il s'agit de soustraire le mineur aux moyens d'influence et de captation dont peut user contre lui tout détenteur de sa fortune. Est-ce que la dépendance dans laquelle se trouve le mineur vis-à-vis de celui qui gère indûment ses biens n'est pas au moins aussi grande et par conséquent aussi suspecte, que celle dans laquelle l'auraient placé ses rapports avec un tuteur légal? Ce tuteur de fait ne peut-il pas abuser de son autorité aussi bien que le tuteur de droit? Quelle raison alors y aurait-il d'édicter une incapacité contre l'un et non pas contre l'autre? On dit, il est vrai, dans l'opinion adverse : mais la loi ne reconnaît qu'une seule espèce de tutelle, c'est la tutelle de droit, dont elle règle minutieusement les conditions d'aptitude et de vocation; toute autre tutelle est une tutelle de fait, qui n'a pas attiré l'attention du législateur et qui ne doit pas faire encourir les mêmes déchéances et incapacités que la tutelle de droit. Nous répondons que le Code civil reconnaît bien en réalité deux sortes de tutelle, celle de droit et celle de fait et la preuve s'en trouve dans l'article 394 qui, déclarant que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle, ne l'en oblige pas moins à en remplir les devoirs jusqu'à la nomination du tuteur. Voilà bien une tutelle de fait; de même encore dans le cas prévu par l'article 395, la mère qui a indûment conservé la tutelle est déclarée responsable par la loi; c'est donc que là encore il y a une tutelle de fait. Il faut bien reconnaître la nécessité de cette tutelle de fait si l'on ne veut pas laisser un seul instant les intérêts du mineur sans protection.

Aussi la Cour de cassation (arrêt du 14 déc. 1836) n'a pas hésité à poser en principe que le second mari, cotuteur de fait, est tenu des mêmes obligations que le tuteur de droit, et notamment de l'hypothèque légale du mineur et du compte de tutelle

prescrit par l'article 471. Et pourquoi cette tutelle de fait ne présenterait-elle pas pour le mineur les mêmes garanties que la tutelle de droit? Sans cela le mineur serait victime de la négligence que l'on aurait mise à le pourvoir régulièrement d'un tuteur, et ce serait précisément celui qui, n'obéissant pas aux prescriptions de la loi, se serait emparé ainsi indûment de la gestion, que l'on voudrait affranchir de la responsabilité encourue par le tuteur de droit ! L'infraction à la loi pourrait tourner à son profit et lui créer une situation meilleure que celle qu'il aurait, s'il s'était conformé aux prescriptions du législateur! C'est là une conséquence que repoussent la raison et les principes de la justice la plus élémentaire. Concluons donc que le tuteur de fait ne peut pas plus que le tuteur de droit recevoir des libéralités de son pupille (En ce sens, Demol., t. XVIII, p. 489 ; Aubry et Rau, t. VII, § 649 ; Limoges, 4 mars 1822, Cass., 14 déc. 1836 ; Montpellier, 21 déc. 1827).

Doit-on comprendre au nombre des incapables le subrogé-tuteur et le tuteur *ad hoc* ? Il faut répondre non, sans hésiter ; car ils n'administrent ni la personne ni les biens du mineur ; l'autorité qu'ils exercent sur lui par suite de leurs fonctions est presque nulle, leur influence n'est donc pas à redouter. Cette observation s'applique sans difficulté au subrogé-tuteur dont le rôle est à peu près passif et se borne à contrôler le tuteur et au besoin à le suppléer provisoirement. Quant au tuteur *ad hoc*, on objecte que c'est un véritable tuteur relativement à l'affaire spéciale dont il est chargé ; qu'il est obligé d'en rendre compte comme le serait un tuteur, que par conséquent les abus d'influence sont à craindre. Mais il faut remarquer que, n'étant chargé ni de la personne ni de la fortune du mineur, il est bien moins suspect qu'un tuteur, que ce n'est à vrai dire qu'un mandataire et que d'ailleurs Pothier enseignait déjà que le tuteur *ad hoc* ne tombait pas sous l'application de l'article 276 de la Coutume de Paris ; or il n'y a aucune raison

pour ne pas adopter la même décision dans notre droit moderne, d'autant plus que la prohibition de l'article 276 de la Coutume de Paris était beaucoup plus large que celle de notre article 907. Toutefois si le tuteur *ad hoc* et le subrogé-tuteur, dépassant les limites de leur mandat, avaient exercé en fait les fonctions de tuteur, il faudrait leur appliquer l'incapacité de l'article 907, mais ce serait alors par cette raison qu'ils ont été des tuteurs de fait et non pas en vertu de leur qualité de tuteur *ad hoc* ou de subrogé-tuteur (Grenoble, 26 juillet 1828, Sir., 28, 2, 129).

Il est également incontestable que l'incapacité de l'article 907 n'atteint pas les membres du conseil de famille, ni le curateur du mineur émancipé, ni le conseil de tutelle que le père peut nommer à la mère survivante et tutrice (art. 391) ; ce sont de simples conseils, ils n'administrent pas. L'article 907 ne s'applique pas non plus à ces nombreuses personnes désignées par l'article 276 de la Cout. de Paris sous le titre de « pédagogues et autres administrateurs ; » l'autorité qu'exercent ces personnes n'est qu'accidentelle, et non pas permanente et directe comme celle des tuteurs ; les dangers que redoute la loi n'existent donc plus dans cette hypothèse. Enfin il en est de même pour le conseil judiciaire que les articles 499 et 513 permettent de nommer au prodigue et au faible d'esprit ; peut-être pourrait-on craindre qu'il n'abusât de l'influence que lui donne son titre pour arracher à ceux que la loi le charge de protéger un testament en sa faveur. Sans doute, et il y a peut-être là une omission regrettable ; mais l'article 907 ne parle que des tuteurs et le conseil judiciaire n'exerce pas la tutelle, donc il n'est pas incapable. Si des faits de captation sont relevés contre les différentes personnes que nous venons d'énumérer, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'en apprécier la gravité et de décider s'ils ont pu être la cause déterminante de la donation ou du testament. Les juges pourront

en prononcer la nullité en vertu de l'article 901 et l'appréciation qu'ils feront des faits est souveraine et n'est pas soumise à la censure de la Cour de Cassation. Il en serait tout autrement, si leur décision se fondait sur l'article 907 pour faire rentrer ces différentes personnes sous la présomption légale d'incapacité.

L'incapacité de recevoir édictée par l'article 907 est personnelle au tuteur ou à celui qui a été tuteur ; elle ne frappe ni ses enfants ni ses autres héritiers. Il est vrai que, tant que le tuteur existe, ses descendants et les autres personnes désignées par l'article 911 sous le nom de personnes interposées sont frappées de la même incapacité que le tuteur lui-même ; mais ce n'est pas là une incapacité qui les affecte personnellement, elle est la conséquence de la présomption légale d'interposition de personnes dérivant de l'article 911 ; en d'autres termes, elle est le résultat du lien qui unit ces personnes au tuteur ; dès que ce lien est rompu par la mort du tuteur, elles redeviennent pleinement capables de recevoir de l'ex-pupille, lors même que le compte de tutelle ne serait pas encore rendu et apuré ; exiger d'elles, en effet, l'accomplissement de cette formalité, ce serait les placer sur la même ligne que le tuteur et les frapper de la même incapacité que lui ; or, c'est ce que la loi n'a pas voulu, puisqu'elle ne comprend que le tuteur dans la prohibition de l'article 907.

V. Question. — *La prohibition de l'article 907 atteint-elle les tuteurs des individus frappés d'interdiction légale ou judiciaire ?* — Il ne peut s'élever de doute sérieux en ce qui concerne le tuteur de l'individu légalement interdit (art. 29 C. pén.). La capacité de l'interdit légal ne subit pas d'autres restrictions dans ses rapports avec son tuteur que dans ses rapports avec toute autre personne. En effet, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 907 à l'interdit légal, les termes de la loi aussi bien que les motifs qui ont inspiré cette disposition font complètement défaut. D'abord l'article 907 ne mentionne comme incapable de disposer

que le *mineur* ou *le mineur devenu majeur ;* il n'y est nullement question de l'interdit ; on doit donc s'en tenir à la règle d'après laquelle les incapacités ne sont pas susceptibles d'extension. Nous disons, en second lieu, que les motifs de la loi font défaut aussi bien que son texte ; il ne s'agit plus, en effet, d'un mineur qui, à raison de son âge, mérite d'être placé à l'abri des influences qui n'auraient sans doute que trop facilement raison de son inexpérience ; il s'agit d'un condamné auquel la loi retire l'administration de sa fortune, parce qu'elle considère que la faculté pour lui de disposer librement de ses biens est incompatible avec l'exécution de la peine ; mais ce condamné jouit de la plénitude de son intelligence et il peut résister, aussi bien que toute autre personne majeure, aux tentatives de suggestion qui auraient pour objet de le dépouiller de son patrimoine.

La question présente plus de difficultés en ce qui concerne l'interdit judiciaire. A l'argument de texte présenté ci-dessus et tiré du silence de l'article 907 sur l'incapacité de l'interdit, on oppose ici l'assimilation établie par l'article 509 entre la tutelle des mineurs et celle des interdits. Au second argument tiré de ce que les motifs qui ont inspiré l'article 907 font défaut lorsqu'il s'agit d'un interdit, on répond qu'il n'en est pas de l'interdit judiciaire comme de l'interdit légal ; si ce dernier, en effet, jouit de toute la force de son intelligence pour résister aux séductions, on n'en peut dire autant assurément de l'interdit judiciaire, dont « l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur », a été constaté après enquête par la justice. N'est-il donc pas à craindre que le tuteur n'abuse de la faiblesse d'esprit de ce malheureux interdit pour lui faire consentir des libéralités, soit pendant la durée de l'interdiction, soit après sa main-levée ; car même après que l'interdiction a été levée, la maladie peut avoir des retours offensifs, les exemples en sont fréquents, et c'est peut-être l'un de ces moments là que choisira le tuteur, qui n'aura pas encore rendu ses

comptes, pour abuser de l'ascendant acquis sur l'esprit de l'interdit ; il y a là un danger, danger même plus grand que quand il s'agit d'un mineur, et il est impossible que la loi ne s'en soit pas préoccupée. Enfin on oppose un troisième argument tiré de ce que l'article 472 est applicable au compte que doit rendre le tuteur à l'interdit relevé de son interdiction. Par conséquent, dit-on, l'article 907 qui dérive de l'article 472 doit lui-même être appliqué au tuteur de l'interdit (En ce sens, Rennes, 11 août 1838, Sir., 39, 1, 688).

Ce système ne nous paraît pas devoir être admis et les raisons qui lui servent de fondement ne nous semblent pas décisives. D'abord il n'est pas exact de dire que l'article 509 établit une complète assimilation entre la tutelle de l'interdit et celle du mineur ; l'article 509 dispose, il est vrai, que « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens », mais le législateur ajoute immédiatement que « les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits » et, par cette seconde disposition, il restreint le sens large et la portée étendue que le premier membre de phrase semblait donner à l'article 509. Or, l'article 907 n'est pas une *loi sur la tutelle* des mineurs, il édicte simplement une présomption légale d'incapacité dont le fondement repose sur des rapports nés à l'occasion de la tutelle, mais il n'a nullement pour objet les règles proprement dites de la tutelle ; il ne compte donc pas au nombre de ces dispositions que l'article 509 déclare applicables à la tutelle des interdits.

En second lieu, les motifs qui ont inspiré l'article 907 n'ont pas la même puissance, lorsqu'il s'agit d'un interdit, que lorsque la question se pose à propos d'un mineur. Il faut bien reconnaître, en effet, que le plus souvent les rapports qui existent entre l'interdit et son tuteur n'ont pas ce caractère d'intimité qu'ils acquièrent entre un tuteur et un mineur ; il y a moins de soumission et de dépendance d'une part et moins d'influence de l'autre. Sans

doute, toute tentative de captation n'est pas impossible et, pour ceux qui admettent que l'interdit est capable de disposer par testament pendant les intervalles lucides, il y aurait peut-être dans la loi une lacune regrettable, mais il ne faut pas oublier que la ressource de l'article 901 reste toujours aux intéressés qui seraient en mesure de prouver, d'après les circonstances de fait, que la libéralité faite au tuteur a été arrachée à l'interdit par des manœuvres condamnables. Les mêmes observations s'appliquent également au cas où il s'agit d'un interdit relevé de son interdiction, mais auquel le compte de tutelle n'a pas encore été rendu. Bien plus, nous ne sommes plus ici en présence d'un jeune homme, à peine arrivé à la majorité et dont l'inexpérience peut donner libre carrière à toutes sortes de surprises ; l'ex-interdit est, au contraire, un homme dans toute la force de l'intelligence, qui connaît ses intérêts et peut, aussi bien que toute autre personne, les défendre contre les entreprises coupables de son ex-tuteur. La prohibition de l'article 907 n'a donc plus ici sa raison d'être.

Quant au troisième argument tiré de l'article 472, il est loin d'avoir la force qu'on veut bien lui attribuer. Dans le système que nous combattons, on voudrait faire de l'article 907 une conséquence directe de l'article 472, de sorte que l'article 907 serait nécessairement applicable partout où l'est l'article 472. Mais ne voit-on pas de suite tout ce que cette théorie a d'excessif ? Est-ce que l'article 472 ne s'applique pas aux ascendants qui ont été tuteurs, ainsi qu'aux héritiers du tuteur ? Et pourtant l'article 907 dit positivement que la prohibition qu'il édicte ne s'étend pas aux ascendants tuteurs, et nous avons vu qu'elle ne s'applique pas non plus aux héritiers du tuteur. Peut-on alors soutenir que par cela seul que l'article 472 serait applicable au compte que doit rendre le tuteur de l'interdit, l'article 907 le serait nécessairement aussi ? La vérité est que ces deux articles ont chacun un objet

distinct ; l'un (l'art. 472) a pour but d'assurer la reddition du compte de tutelle en prohibant toute convention par laquelle le tuteur tenterait de s'affranchir de cette obligation ; l'autre (l'art. 907) a pour but d'empêcher que le tuteur n'abuse de l'influence qu'il peut avoir acquise sur son pupille pour en obtenir des libéralités. Qu'on applique donc l'article 472 au tuteur de l'ex-interdit, puisqu'il a un compte de tutelle à rendre tout aussi bien que le tuteur de l'ex-mineur, mais qu'on veuille protéger l'ex-interdit contre une influence qui ne pèse pas sur lui avec la même puissance que sur le jeune homme à peine sorti de la minorité, c'est ce que le législateur n'a pas cru devoir faire et il n'est pas permis à l'interprète de compléter son œuvre.

Ajoutons, en terminant, que l'interdit peut, à la différence du mineur, avoir pour tuteur son conjoint ou l'un de ses descendants. Or, la loi, qui a pris soin de soustraire à la prohibition de l'article 907 les ascendants tuteurs d'un mineur, n'a créé aucune exception en faveur de ces personnes, dont la qualité et le degré de parenté les rendent au moins aussi dignes d'intérêt que les ascendants. Quelle conséquence tirer de ce silence du législateur, si ce n'est que, s'il n'a pas cru devoir comprendre ces personnes dans l'exception, c'est qu'il ne les avait pas comprises dans la règle elle-même !

VI. *L'incapacité de l'article* 907 *s'applique-t-elle au tuteur qui a cessé ses fonctions, soit par suite de l'émancipation du mineur, soit parce qu'il a été remplacé par un autre tuteur ?* — Nous pensons que l'ancien tuteur peut, dans ces deux hypothèses et pourvu que son compte de tutelle ait été rendu et apuré, recevoir des libéralités testamentaires de son ex-pupille. Il ne peut être question, bien entendu, de donations entre-vifs, puisque, tant qu'il n'a pas atteint sa majorité, le mineur est incapable d'en consentir au profit de qui que ce soit (art. 904). Mais, à partir de seize ans, le mineur peut disposer par testament au profit de toute

personne jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. Telle est la règle générale ; cette capacité restreinte est donc pour le mineur le droit commun. La loi n'y apporte qu'une seule exception, c'est pour le cas où le mineur voudrait disposer par testament au profit de *son tuteur*; dans ses rapports avec *son tuteur*, il reste donc incapable. Mais, comme toute exception est de droit étroit et que, dès que l'on sort des termes précis de l'exception, on rentre dans le droit commun, il s'en suit que le mineur n'est pas incapable à l'égard de *celui qui a cessé d'être son tuteur* et qu'il peut tester à son profit.

A ce raisonnement on fait plusieurs objections dont les principales sont tirées du texte même de l'article 907. Cet article, dit-on, ne permet à l'ex-tuteur de recevoir de son ancien pupille qu'à deux conditions : 1° que le mineur aura atteint sa majorité ; 2° que le compte de tutelle aura été rendu et apuré. Or, nous supposons par hypothèse que le mineur n'a pas encore atteint sa vingt-et-unième année, par conséquent le développement de son intelligence ne le protège pas encore assez contre l'influence morale qu'exerce sur lui son ancien tuteur, il est donc incapable (en ce sens arrêt de la Cour de Bruxelles, 14 décembre 1814 Sir. 1861, 2,268 en note). Nous répondons que la loi ne dit nulle part que le mineur ne peut tester au profit de son ancien tuteur ; l'article 907, en effet, a prévu deux situations bien distinctes : d'abord, dans son premier alinéa, le cas où le testateur est encore mineur, et ensuite, dans son deuxième alinéa, le cas où il s'agit d'un mineur qui est *devenu majeur*. Or, dans notre hypothèse, il s'agit d'un testateur qui est encore mineur, c'est donc le premier alinéa de l'article 907 qui doit régir exclusivement la situation qui nous occupe. Eh ! bien, que décide ce premier alinéa de l'article 907 ? Que le mineur est incapable dans ses rapports avec son tuteur seul. Or dans notre espèce, le mineur a disposé au profit d'une

personne qui n'est pas son tuteur ; qui l'a été, soit, mais qui ne l'est plus ; donc nous ne sommes plus dans les termes de l'exception de l'article 907-1°, nous rentrons dans le droit commun qui est la capacité ; donc le mineur est tout aussi capable de disposer que son ex-tuteur de recevoir.

On fait une seconde objection. Le mineur, devenu majeur, dit-on, ne peut disposer au profit de son ancien tuteur qu'autant que le compte de tutelle a été préalablement rendu et apuré. Or, n'est-il pas inadmissible que celui qui est encore mineur puisse, aux mêmes conditions que le majeur, disposer au profit de son ancien tuteur ? Ne serait-il pas juste, au moins, que toute relation d'intérêt aît cessé entre eux, et, à cet effet, que le mineur non-seulement ait une parfaite connaissance de sa situation vis à vis de celui qui a été tuteur, que non-seulement le compte de tutelle aît été rendu et apuré, mais encore et surtout que le reliquat en aît été payé et que l'ex-tuteur soit complètement quitte de son administration : à cette condition-là seulement le mineur aura recouvré son indépendance. Mais, tant que le tuteur conserve les valeurs de son ex-pupille entre les mains, il n'a pas entièrement perdu sa qualité, puisqu'il reste soumis à l'hypothèque légale (art. 2121), que les intérêts courent de plein droit contre lui (art. 474) et qu'enfin il ne pourrait être admis au bénéfice de la cession de biens (art. 905, C. de pr. c.). — Remarquons d'abord que, pour soumettre la capacité du mineur à cette nouvelle condition du paiement du reliquat, il faudrait autre chose que de simples considérations, il faudrait un texte formel ; or ce texte n'existe pas. Nous restons donc sous l'empire du droit commun, qui est la capacité du mineur (art. 901). Il est vrai que nous paraissons déroger au droit commun, en exigeant la reddition et l'apurement du compte et qu'ainsi nous limitons la capacité du mineur par une condition qui ne semble pas formellement imposée par la loi. Mais nous y sommes amenés par une raison bien puissante, c'est que la capa-

cité du mineur à l'égard de son ex-tuteur, ne peut pas être plus étendue que celle du mineur devenu majeur ; pourquoi les restrictions qui sont apportées à la capacité de ce dernier ne seraient-elles pas les mêmes, quand il s'agit de la capacité du premier ? Dans un cas comme dans l'autre, est-ce que les situations ne sont pas analogues ? que le pupille soit encore mineur ou qu'il soit devenu majeur, peu importe au point de vue qui nous occupe ; est-ce que, dans les deux cas, l'influence du tuteur ne doit pas être considérée comme prenant fin par la reddition et l'apurement du compte ? La loi, il est vrai, ne l'a décidé que pour le cas où le pupille est devenu majeur ; mais c'est qu'elle ne se préoccupe que des cas les plus ordinaires ; dans la pensée du législateur, le mineur doit être traité comme le majeur avec ni plus ni moins de rigueur. La seule différence qui subsiste entre eux est dans la quotité des biens dont l'un et l'autre peuvent disposer. — En second lieu, la soumission de l'ex-tuteur à l'hypothèque légale et aux intérêts de plein droit, tant que le reliquat du compte n'a pas été payé, ne prouve rien ; car, que l'ex-pupille soit encore mineur ou qu'il soit devenu majeur, les articles 2121 et 474 n'en reçoivent pas moins leur application ; l'ex-tuteur dont le pupille est devenu majeur y est soumis et néanmoins il peut recevoir des libéralités, si son compte a été rendu et apuré. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il en soit de même du tuteur dont le pupille n'a pas encore atteint l'âge de la majorité.

Ajoutons que notre système était déjà suivi par l'ancienne jurisprudence et que d'ailleurs il serait d'une extrême rigueur d'appliquer la disposition prohibitive de l'article 907-1° au cas où la tutelle a pris fin par l'émancipation ou par la nomination d'un autre tuteur. Car l'ancien tuteur est alors, dans ses relations avec son ex-pupille, devenu un étranger ; il n'exerce plus sur lui l'ascendant moral que lui donnait la gestion tutélaire (Aix, 14 mai 1860, Sir. 61, 2, 268).

Nous croyons que la solution à laquelle nous sommes conduits sur cette question devrait encore être adoptée, même dans l'hypothèse où l'ex-tuteur serait devenu le curateur du mineur émancipé, pourvu bien entendu que, dans la reddition du compte de tutelle, le mineur ait été assisté d'un curateur *ad hoc* nommé spécialement pour recevoir ce compte. Du jour où l'ex-tuteur a rendu ses comptes, l'influence qu'il exerçait sur le pupille est réputée avoir pris fin, il est désormais comme toute autre personne capable de recevoir des libéralités du mineur. Cette capacité qu'il recouvre ne lui est pas enlevée par sa qualité du curateur, car l'article 907 n'a pas compris le curateur dans sa prohibition.

Nous réservons, bien entendu, le cas où le tuteur aurait, par dol ou par fraude et dans le but de se faire consentir une libéralité, fait émanciper son mineur ou nommer un autre tuteur en ses lieu et place. *Fraus omnia corrumpit.* Il y aurait alors lieu d'appliquer, non pas l'article 907, puisqu'il n'y a plus de tuteur, mais l'article 901, entendu dans un sens large.

VII. *La reddition de compte dont il s'agit dans l'article* 907-2° *est-elle soumise aux formes et conditions prescrites par l'article* 472? — En d'autres termes, pour que le compte de tutelle soit rendu et apuré conformément à l'article 907-2°, faut-il qu'il ait été accompagné de la remise des pièces justificatives et qu'un certificat constatant à la fois et la remise des pièces et la reddition d'un compte détaillé ait été délivré par l'ex-pupille? D'après une première opinion, l'article 907 serait complètement étranger à l'article 472 et ne soumettrait pas la validité des libéralités faites à l'ex-tuteur à des conditions aussi rigoureuses que celles exigées pour la validité des traités. Le but poursuivi par le législateur dans chacun de ces deux articles serait tout à fait différent; dans l'un (l'art. 472), il veut empêcher que le tuteur ne puisse se soustraire à l'obligation de rendre son compte de tutelle et,

pour que la loi ne soit pas éludée, l'art. 472 édicte des prescriptions rigoureuses. Dans l'autre, (l'art. 907), il s'agit de la capacité de disposer à titre gratuit ; l'ex-mineur n'acquiert cette capacité à l'égard de son ex-tuteur qu'autant qu'il recouvre sa liberté d'esprit et il la recouvre à la condition, dit l'article 907, que le compte de tutelle ait été rendu et apuré ; rien de plus, c'est la seule condition exigée par l'article 907 ; or, comme les conditions sont de stricte interprétation, on ne peut pas ajouter à l'art. 907 celles qui sont édictées pour les cas prévus par l'art. 472 (Duranton t. VIII, p. 227, n° 199 ; Laurent t. XI, p. 458).

Nous reconnaissons volontiers que le but poursuivi par l'art. 907 n'est pas le même que celui de l'art. 472 et que ces deux articles ont un objet différent ; mais il n'en est pas moins vrai que les motifs qui les ont dictés sont les mêmes ; que, dans l'un comme dans l'autre cas, le législateur veut que l'ex-mineur ne puisse donner une décharge à son tuteur ni lui faire une libéralité, avant d'avoir pu se rendre un compte exact de l'état de sa fortune ; les précautions prises par la loi ont donc dû être les mêmes dans les deux situations. Sans doute l'article 907 ne renvoie pas expressément à l'article 472 ; la raison en est qu'il prévoit à la fois le cas où le compte de tutelle est rendu en justice et celui où il est rendu à l'amiable ; mais il s'y réfère virtuellement, en exigeant, pour que l'incapacité cesse, que le compte ait été régulièrement rendu et apuré ; or, aux termes de l'art. 472, le compte n'est régulièrement rendu qu'autant que les formalités qu'il prescrit ont été accomplies. Et comment pourrait-il en être autrement ? Est-ce que la disposition de l'art. 907 ne serait pas à peu près vaine, s'il suffisait, pour que la libéralité soit valable, que le compte de tutelle ait été rendu et apuré quelques instants auparavant ? Est-ce que l'ex-mineur aurait moralement le temps d'être éclairé sur sa véritable situation et de ne

disposer qu'en parfaite connaissance de sa position? Enfin qu'on ne dise pas, avec les partisans du premier système, que le compte de tutelle dont il s'agit dans l'art. 907 ne peut être un de ces *traités* dont parle l'art. 472? La vérité est que procéder à l'apurement d'un compte, comme le veut l'art. 907, c'est en discuter les détails, en établir la balance et en faire ressortir le solde, en un mot, faire une convention qui en même temps qu'elle crée pour le débiteur l'obligation de payer le reliquat, éteint l'action en reddition de compte de l'ex-mineur. N'est-ce pas là, à proprement parler, faire un traité, et ce traité doit, comme tous les autres, être entouré des sages garanties de l'art. 472. (En ce sens, Demolombe, t. XVIII, p. 484; Marcadé, art. 907, p. 406; Aubry et Rau, t. VII, p. 28, n° 17; Bordeaux, 27 juillet 1857, Sir., 57, 2, 665).

L'incapacité ne prenant fin que par une reddition de compte régulière, il s'en suit que: 1° si postérieurement, le compte venait à être annulé, l'incapacité du mineur devenu majeur n'aurait jamais cessé d'exister. Ainsi, bien que la libéralité eût été précédée d'un compte rendu par le tuteur au mineur, s'il était constaté en fait que le compte, le récépissé des pièces à l'appui et son apurement étaient simulés ou frauduleux, la libéralité faite au tuteur par le mineur n'en devrait pas moins être annulée, et la prohibition de l'article 907 recevrait son application (Cass. 31 mai 1858, Sir. 58, 1, 762). 2° Il en serait de même, si le compte de tutelle n'avait pas été complet; si, par exemple, on avait omis de comprendre dans ce compte celui des gestions antérieures à celle du tuteur actuellement en exercice. A plus forte raison faudrait-il admettre la même solution, si le mineur devenu majeur avait dispensé son ex-tuteur de rendre compte d'une partie quelconque ou de l'ensemble de la gestion tutélaire ; une telle convention tomberait sous l'application de l'article 472 et laisserait subsister entière l'incapacité prononcée par l'article 907. 3° Mais la prohi-

bition établie par l'article 907 cesse d'être applicable lorsque, plus de dix ans s'étant écoulés depuis la majorité de l'ex-mineur, le tuteur se trouve libéré de l'obligation de rendre compte aux termes de l'article 475. La raison s'en conçoit aisément : l'incapacité de disposer ou de recevoir prononcée par l'article 907 est subordonnée par la loi à l'obligation pour le tuteur de rendre compte ; elle n'est qu'un accessoire de cette obligation à laquelle elle se lie intimement, elle ne peut s'étendre au-delà de la période d'existence légale de cette obligation, elle ne peut lui survivre isolément. Dès que cette obligation vient à s'éteindre par l'effet de la prescription ou de toute autre cause, l'incapacité qui en est la sanction s'éteint également, comme l'effet suit la cause (Colmar, 19 janv. 1842, Sir. 42, 2, 365). D'ailleurs, lorsque dix années se sont écoulées depuis la fin de la minorité, l'influence du tuteur sur l'esprit de l'ex-mineur n'est plus à redouter, et les motifs qui ont inspiré la disposition de l'article 907 n'ont plus d'application.

Il n'y a pas lieu non plus de se demander si le reliquat du compte doit avoir été payé, pour que l'ex-mineur puisse disposer au profit de son tuteur. D'une part, la loi n'exige pas cette condition, et une condition ne peut être imposée sans un texte formel qui l'établisse. D'autre part, quel que soit celui au profit duquel l'arrêté de compte ait fait ressortir un solde créditeur, que le créancier soit l'ex-mineur ou son ex-tuteur, peu importe ; il n'y a plus désormais entre eux d'autres rapports que ceux existant entre un créancier et un débiteur ordinaires ; le mineur est désormais aussi indépendant vis-à-vis de son tuteur qu'il le serait vis-à-vis de tout autre individu qui serait son créancier ou son débiteur ; le texte et l'esprit de la loi sont donc d'accord pour repousser cette nouvelle condition.

VIII. *Exception au profit des ascendants.* — L'incapacité établie par l'article 907 ne s'applique pas aux ascendants qui sont ou qui ont été tuteurs. Cette exception s'explique par ce motif que l'affec-

tion naturelle des parents pour leurs enfants ne permet pas de supposer qu'ils abuseront de leur influence pour dépouiller ceux que la nature a placés sous leur protection. D'ailleurs, l'autorité qu'ils exercent sur le mineur, ils la doivent à leur qualité d'ascendants autant et plus qu'à leur titre de tuteur; il aurait fallu alors, pour être logique, prohiber toute libéralité faite par un enfant à son ascendant, quel qu'il fût, même non tuteur. Et il eut été immoral de comprimer ainsi dans le cœur de l'enfant les mouvements les plus légitimes de la reconnaissance filiale. Mais cette exception, comme toute exception, doit être entendue restrictivement. C'est ainsi que la loi n'ayant parlé que des ascendants, les ascendants par alliance ne sont pas compris dans l'exception et restent soumis à la prohibition de l'article 907 ; il n'y a pas, du reste, entre eux et le mineur ces rapports étroits d'affection qui, à l'égard des ascendants du sang, écartent tout soupçon de captation. Il n'y a pas non plus à se préoccuper, comme dans l'ancien droit, de savoir si l'ascendant était remarié à l'époque où la libéralité a été consentie. La loi a attaché certaines déchéances au second mariage (art. 386, 395 et 396), mais au nombre de ces déchéances ne figure pas l'incapacité de recevoir une libéralité de l'enfant issu d'un précédent mariage.

CHAPITRE II. — Incapacité des enfants naturels.

« Les enfants naturels, dit l'article 908, ne pourront par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. » Les articles 756 et 757 n'accordent de droits aux enfants naturels que dans la succession de leurs père et mère. C'est donc entre ces derniers

et l'enfant naturel que l'article 908 édicte une incapacité relative de disposer et de recevoir. Pour l'enfant naturel, la succession légitime devient la règle de la succession testamentaire et la libéralité qui lui est faite par ses père et mère ne peut rien ajouter à la *portion* qu'il aurait recueillie, si ses auteurs ne lui avaient consenti aucune libéralité soit entre-vifs, soit testamentaire.

I. *Motifs de la prohibition.* — Pothier disait qu'il y aurait indécence à ce qu'une personne préfère ou égale ses enfants naturels à ses parents légitimes. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, ajoute que c'est pour honorer et encourager le mariage que les enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes droits que les enfants légitimes. Ainsi la morale publique et l'intérêt social sont d'accord pour refuser à l'enfant né d'un commerce illicite une position, sinon supérieure, au moins égale à celle de la famille légitime. Toutefois certains auteurs critiquent la disposition de l'article 908 et pensent que le législateur a montré trop de sévérité à l'égard des enfants naturels. Qu'il y ait, dit-on, dans la succession que la loi elle-même organise une différence entre les droits accordés aux enfants légitimes et ceux des enfants naturels, cela peut s'expliquer. Mais pourquoi, lorsqu'il s'agit d'une succession testamentaire ou contractuelle, là où la volonté du disposant fait la loi, ne pas permettre de donner à un enfant naturel ce qu'on peut donner à un étranger quelconque ? Surtout lorsqu'il n'y a que des collatéraux appelés à la succession et que l'honneur du mariage n'est plus en cause, pourquoi l'enfant naturel ne pourrait-il pas recevoir comme un étranger ? (Laurent, t. 11, n° 360).

Cette critique de l'article 908 nous semble exagérée. Ce n'est pas l'enfant naturel, innocent des désordres qui ont accompagné sa naissance, que le législateur a voulu punir ; nullement. Ce sont les pères et mères que la loi veut atteindre, en les empêchant de gratifier et d'enrichir le fruit de leurs désordres ; elle leur re-

fuse cette consolation, bien douce surtout à l'heure de la mort, de réparer la faute qu'ils ont commise en vivant dans les liens d'une union illicite. Ce sont ces affections immorales auxquelles le législateur veut mettre un frein ; en refusant à ceux qui s'y livrent les satisfactions légitimes que procure le mariage, il encourage et honore cette institution. Quand on dit que l'enfant naturel doit être apte à recevoir dans la succession testamentaire au moins ce que pourrait recevoir un étranger, on oublie sans doute que la situation n'est pas la même entre cet étranger et l'enfant naturel. Le législateur n'a pas à craindre, en effet, que le disposant dépouille la famille légitime pour enrichir un étranger ; si son affection le porte à faire une libéralité à un étranger, cette affection, dans la plupart des cas où elle se produit, sera justifiée et raisonnable. Mais la loi doit, au contraire, redouter, et elle redoute avec raison les mouvements d'une tendresse désordonnée qui peut pousser un homme à gratifier son enfant naturel au grand préjudice des intérêts de la famille légitime. C'est donc dans un intérêt social et justement entendu que la loi a voulu que l'enfant naturel ne puisse jamais prendre la place réservée à la seule famille légitime.

II. *Caractère de la prohibition de l'article* 908. — Cet article édicte-t-il une règle d'incapacité personnelle ou, au contraire, une règle d'indisponibilité réelle? Parmi les nombreuses questions controversées que soulève l'article 908, celle-ci est une des plus délicates. Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre solution, on en dégage des conséquences pratiques diamétralement opposées. Ainsi, pour n'en mentionner qu'une seule en passant, s'il s'agit d'une règle d'incapacité, l'article 908 fait partie du statut personnel et par suite régit les Français partout où ils se trouvent (art. 3, C. civ.) ; il ne serait, par contre, applicable aux étrangers résidant en France qu'au seul cas où leur loi nationale édicterait une pareille incapacité. Si, au contraire, on décide que l'article

908 établit une règle d'indisponibilité, il forme un statut réel et s'applique même aux étrangers pour les biens par eux possédés en France. Ainsi un étranger meurt laissant un enfant légitime et un enfant naturel ; il lègue à son enfant naturel la moitié des immeubles qu'il possède en France, comme le lui permet, nous le supposons, la loi de son pays. Le legs sera valable, si l'article 908 règle une question de capacité ; il devra, au contraire, être réduit au tiers de la moitié, c'est-à-dire au sixième des biens possédés en France, s'il s'agit d'une indisponibilité réelle, car interprété en ce sens, l'article 908 revient à dire : Les biens français ne pourront jamais être donnés à un enfant naturel, fut-il même étranger, que dans les proportions de l'article 757.

La doctrine qui voit dans l'article 908 un statut réel part de cette idée que la loi a voulu établir une sorte de réserve au profit de la famille légitime. Craignant que le père ne se laissât aller trop facilement à dépouiller ses parents légitimes au profit de ses enfants naturels, le législateur a eu pour but de confirmer la loi des successions, de donner au système par lui adopté dans les articles 757 et suiv. un complément nécessaire, un caractère stable et indépendant de toute volonté contraire de l'homme. C'est donc dans le but de maintenir les biens dans la famille légitime qu'a été édictée cette prohibition ; ce qui le prouve d'une manière évidente, c'est qu'elle disparaît dès que l'enfant naturel n'est plus en concours avec des parents légitimes ; le père peut alors lui donner la totalité de ses biens (art. 758). Ce qui le prouve encore, c'est que la prohibition de l'article 908 a tous les caractères de la réserve ; en effet, son étendue se détermine, non pas au moment de la libéralité, comme s'il s'agissait d'une règle de capacité, mais seulement à l'époque de l'ouverture de la succession. Comme la réserve, elle varie suivant les forces de la succession, la qualité et le nombre des héritiers. En outre, si les libéralités qu'elle frappe sont reconnues excessives, elle en

entraîne, non pas la nullité, mais simplement la réduction conformément aux articles 920 et 922. Enfin, le disposant lui-même ne peut jamais être admis à invoquer l'article 908 pour faire réduire une donation, même excessive, qu'il aurait consentie à son enfant naturel; il en devrait être autrement, s'il s'agissait d'une règle d'incapacité. Tous ces motifs démontrent donc bien que c'est l'intérêt de la famille légitime qu'on a voulu sauvegarder et que l'article 908 établit bien plutôt une règle d'indisponibilité réelle qu'une incapacité personnelle (en ce sens, Demol. succ., t. 2, n° 83 et don., t. 1, n°s 555 et suiv.; Marcadé, t. 1, p. 52).

A l'appui de l'opinion contraire, on invoque et la place qu'occupe dans le Code l'article 908 et les motifs qui ont inspiré cette disposition. D'abord l'article 908 est placé dans un chapitre dont la rubrique : « *De la capacité de disposer ou de recevoir* » ne laisse place à aucune hésitation ; il se trouve d'ailleurs entre les articles 907 et 909, qui incontestablement règlent chacun des questions de capacité. On peut donc dire que la loi elle-même décide la question qui nous occupe. En second lieu, il n'est pas exact de prétendre que la prohibition de l'article 908 ait été établie dans l'intérêt des héritiers du sang et qu'elle constitue en leur faveur une réserve *sui generis*, puisque le père est libre de disposer de ses biens au profit de toute autre personne que l'enfant naturel. Ainsi, si les héritiers légitimes en concours avec l'enfant naturel sont déjà réservataires, leur réserve n'augmente pas en vertu de l'article 908 ; s'ils ne le sont pas, l'article 908 ne les garantit aucunement contre le danger d'une exclusion par un légataire étranger; l'article 908 ne change donc rien à la nature générale de leurs droits. Singulière réserve, en vérité, que celle qui ne serait d'aucun profit à ceux en faveur desquels elle est censée établie! M. Demolombe, qui s'est formellement prononcé en faveur du système qui voit dans l'article 908 une règle d'indisponibilité (succ. n° 83 et don. n° 555), est néanmoins forcé de

reconnaître, quand il arrive à l'examen des conséquences pratiques de sa doctrine, que « la réserve proprement dite est introduite dans l'intérêt direct des réservataires eux-mêmes » et il ajoute immédiatement : « ce n'est pas l'intérêt direct des héritiers légitimes eux-mêmes qui a fait limiter la part de l'enfant naturel ; c'est la défaveur personnelle de cet enfant ; il est vrai que son incapacité est fondée sur des considérations relatives à l'honneur du mariage et aux liens de la parenté légitime ; mais finalement c'est une incapacité que la loi prononce » (Dem. don. t. 1, n° 689).

Cette conclusion n'est-elle pas, ce nous semble, la condamnation évidente de la doctrine précédemment défendue par M. Demolombe, On est donc forcé de reconnaître que le législateur ne s'est pas préoccupé, en rédigeant l'article 908, d'accorder une faveur à qui que ce soit ; il s'inquiète fort peu de la personne qui recueillera les biens qu'il défend de donner à l'enfant naturel, et c'est même là une preuve péremptoire qu'il n'établit pas une règle d'indisponibilité réelle. Ce qu'il envisage, ce n'est pas l'intérêt pécuniaire des membres de la famille légitime, c'est uniquement le rapport de filiation naturelle qui unit le disposant et le bénéficiaire, c'est l'état de bâtardise qu'il veut frapper de déchéance ; c'est donc bien ce motif d'état, cette qualité de la personne qui le détermine et qu'il punit tant dans la personne du père que dans celle de l'enfant. Sans doute le but essentiellement moral qu'il poursuit tend à écarter les enfants auxquels le concubinage donne le jour, et par suite à honorer le mariage et la parenté légitime. Sans doute aussi, quand il n'y a pas de parents légitimes, quand l'on a plus à craindre le scandale résultant d'une préférence donnée aux enfants naturels sur les parents légitimes, l'enfant naturel pourra tout recevoir. Mais pourquoi ? Précisément parce que ni l'intérêt du mariage ni la qualité de parent légitime ne sont plus alors en cause. Ainsi donc, dans le cas où la prohibition s'applique, c'est la qualité d'enfant naturel qui

détermine le législateur ; dans les cas où elle cesse de s'appliquer, c'est encore une question d'état qui motive la disposition de la loi. C'est donc bien un statut personnel, une règle d'incapacité personnelle qui est établie par l'article 908 (En ce sens, Laurent, t. I, n° 111, p. 176 et t. XI, n° 361, p. 492).

MM. Aubry et Rau (t. VII, p. 54, n° 23, 4e éd.) interprètent également l'article 908 dans le sens d'une incapacité personnelle au disposant et au bénéficiaire. Suivant ces auteurs, cette incapacité, édictée dans le but « de sauvegarder l'honneur du mariage et les intérêts moraux de la parenté légitime », se trouve par cela même fondée sur un motif d'ordre public ; d'où ils tirent la conséquence que toute personne intéressée doit être admise à s'en prévaloir.

Quant aux enfants naturels adultérins ou incestueux, on est généralement d'accord pour reconnaître qu'ils se trouveut frappés en vertu de l'article 908 d'une véritable incapacité, laquelle peut être invoquée par toute personne intéressée. C'est que, à la différence des enfants naturels simples, ils ne peuvent en aucun cas être appelés à recueillir la totalité de la succession et n'ont jamais droit qu'à des aliments. A défaut d'héritiers au degré successible et de successeurs irréguliers, ils sont exclus par le conjoint et même par l'Etat. La prohibition de l'article 908 a donc pour eux une portée plus absolue que pour l'enfant naturel simple (Demol., Succ., n° 132 et Don., t. I, n° 556 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 226, n° 37).

Les conséquences qui découlent du caractère de la prohibition de l'article 908 sont nombreuses. Indépendamment de la question de savoir s'il s'agit d'un statut réel ou d'un statut personnel, on peut se demander : 1° quelle est la nature du droit engendré par l'article 908 ; s'agit-il d'une action en réduction ou d'une action en nullité. 2° A quelle époque cette action peut-elle être exercée ? 3° Si elle peut l'être par un légataire universel. 4° Si, à défaut

d'héritiers légitimes, elle peut être invoquée par l'un de plusieurs enfants naturels contre un autre enfant naturel. 5° Enfin, si les personnes ayant droit au bénéfice de l'article 908 peuvent renoncer à s'en prévaloir.

1° et 2°. Sur les deux premières questions, pas de doute possible. Qu'il s'agisse d'une réserve établie au profit de la famille légitime ou d'une incapacité relative de disposer et de recevoir, il est certain que l'art. 908 n'atteint que les libéralités excessives ; par conséquent, il engendre non pas une action en nullité, mais seulement une action en réduction, qui ne peut être exercée qu'au décès du disposant, puisque c'est à cette époque seulement qu'il sera possible d'apprécier si la libéralité est excessive. C'est également à l'époque du décès du disposant qu'il faut se placer pour apprécier la capacité du bénéficiaire ; par exemple, si celui qui était enfant naturel simple à l'époque de la disposition avait été ensuite légitimé par un mariage subséquent, l'art. 908 deviendrait inapplicable. De même encore, l'enfant naturel pouvait être incapable au jour de la donation par suite de l'existence à cette époque de parents au degré successible, et ne plus l'être lors de la mort du disposant par suite du prédécès des héritiers en rang utile. Enfin, et pour ce même motif que c'est seulement au décès du disposant qu'il est possible de savoir si la libéralité est excessive, il faut conclure que l'action en réduction ne peut jamais être exercée par le disposant lui-même, mais seulement par ses successeurs universels. — De ces différents caractères de l'action engendrée par l'art. 908, on a essayé de tirer la conséquence qu'il s'agit bien plutôt d'une question de réserve que d'une incapacité. Ce n'est point là un argument décisif. Le caractère d'une disposition légale se déduit bien plus des motifs qui l'ont inspirée que des résultats pratiques auxquels elle aboutit. Or nous avons vu que c'est la pensée de punir les auteurs d'une filiation naturelle qui a été le but principal poursuivi par les rédacteurs

de l'art. 908, mais qu'ils se sont peu préoccupés des personnes qui bénéficieraient de la déchéance prononcée. Si donc la prohibition de l'art. 908 présente dans les résultats pratiques certaines analogies avec la réserve, c'est moins parce que cet article établit une indisponibilité sur les biens, que parce qu'il édicte une incapacité non pas totale, mais partielle, incapacité dont la nature et l'étendue ne peuvent être appréciées qu'à la mort du disposant.

3° L'action en réduction fondée sur l'article 908 peut-elle être exercée par un légataire universel, dans le cas où les héritiers *ab intestat* non réservataires sont exclus de la succession par ce legs et se trouvent ainsi sans intérêt pour intenter cette action? Pour ceux qui ne voient dans l'article 908 qu'une réserve établie seulement en faveur des héritiers légitimes, il est certain que l'action en réduction ne peut être intentée que par les héritiers seuls, s'ils y ont intérêt ; le légataire universel ne peut pas exciper de leurs droits à cet égard et son action doit donc être repoussée conformément à l'article 921 C. C. qui déclare les légataires non recevables à invoquer la réserve (en ce sens, Paris, 16 juin 1838, Sir. 38, 2, 467). — Ceux, au contraire, qui considèrent l'article 908 comme étant une de ces dispositions tenant aux bonnes mœurs et au respect du mariage et fondées par conséquent sur un motif d'ordre public, décident que le légataire universel, comme d'ailleurs toute personne intéressée, peut se prévaloir de l'article 908 (Aubry et Rau, t. 6, p. 226 et t. 7, p. 54; Cass. civ. 7 févr, 1865, Sir. 65, 1, 105 : Paris, 6 août 1872, Sir. 72, 2, 311). — Mais il n'est même pas nécessaire de chercher dans la prohibition de l'article 908 le caractère inflexible d'une mesure d'ordre public. Même en présence de l'héritier légitime qu'il exclut, le légataire universel tient le droit d'agir de son propre titre et de la loi elle-même ; le legs universel, en effet, comprend l'universalité des biens que le testateur laisse à son décès

(art. 1003) ; investi de cette universalité, le légataire universel peut recueillir tout ce dont le testateur a disposé au profit d'incapables, il profite seul de la nullité des libéralités faites par le défunt, seul il a qualité pour opposer cette nullité ; il recueille dans la succession l'action en réduction en même temps que les autres biens ; peu importe que le testateur n'eût pu exercer lui-même cette action, cela tient, comme nous l'avons vu, à ce motif tout spécial que ce n'est qu'à l'époque du décès que peut être appréciée l'étendue de l'incapacité, mais cela n'empêche pas l'action en réduction de compter dans les biens de la succession comme tous autres droits actifs. On objectera peut-être que, dans notre espèce, il n'existe pas d'incapacité en vertu de l'article 908, puisque l'enfant naturel n'est incapable qu'autant qu'il se trouve en présence d'héritiers légitimes et que nous supposons précisément qu'ils sont exclus par le légataire universel. Cette objection n'a pas prévalu, car la doctrine et la jurisprudence sont à peu près unanimes pour décider que c'est l'existence de parents légitimes, et non pas leur concours comme héritiers, qui a pour effet de réduire la part de l'enfant naturel. En d'autres termes, la part de celui-ci se calcule et ses droits se déterminent d'après l'état de la famille telle qu'elle existe au moment de l'ouverture de la succession, et sans avoir à se préoccuper de ce que les héritiers non réservataires seraient exclus de la succession par l'effet des dispositions du défunt, ou de ce que certains d'entre eux, sans en être exclus, ne se présenteraient pas pour y être admis.

Ajoutons, en terminant, que si l'on refuse au légataire universel le droit de réclamer la réduction en vertu de l'art. 908, les règles sur l'incapacité de l'enfant naturel seront éludées avec la plus grande facilité, toutes les fois qu'il n'y aura pas d'héritiers réservataires ; il suffirait, en effet, au père ou à la mère de l'enfant naturel, après avoir donné à celui-ci par des legs particuliers la totalité ou la presque totalité de leurs biens, d'instituer un lé-

gataire universel ; il dépendrait ainsi de la seule volonté du disposant d'effacer l'incapacité dont la loi l'a frappé.

4° Bien que l'art. 908 puisse être invoqué, comme nous venons de le voir, par un légataire universel, même en présence de l'héritier légitime qu'il exclut, nous n'irons pas jusqu'à dire que les enfants naturels, venant à la succession à défaut d'héritiers légitimes, soient admis à se prévaloir du même article pour faire réduire les libéralités excessives qui auraient été faites à l'un de leurs frères naturels par l'auteur commun. Il n'y a point de difficulté sur ce point pour ceux qui voient dans l'art. 908 une règle d'indisponibilité réelle, car la réserve, si réserve il y avait, serait incontestablement établie au profit des héritiers légitimes seuls ; or, nous supposons par hypothèse qu'il n'y a pas d'héritiers légitimes et que les enfants naturels seuls viennent à la succession. Ces derniers ne seraient donc pas recevables, dans ce cas, à invoquer une réserve qui n'a pas été établie en leur faveur. Mais, même en admettant que l'art. 908 édicte une règle d'incapacité personnelle, on n'en serait pas moins conduit à la même solution, bien que par des motifs différents. Sans doute le législateur n'a pas voulu consacrer par l'art. 908 un droit exclusif réservé à la famille légitime, mais, par contre, nous ne pensons pas qu'il ait entendu établir contre l'enfant la peine d'une indignité radicale, édicter une de ces prohibitions absolues destinées à défendre l'ordre social mis en péril, prohibition telle en un mot que toute personne intéressée puisse s'en prévaloir. Ces deux opinions extrêmes ne nous paraissent ni l'une ni l'autre réfléter la pensée exacte du législateur. Nous croyons que, poursuivant un but au moins aussi moral mais peut-être plus modeste, la loi en punissant les parents jusque dans le fruit de leurs désordres a simplement cherché à détourner du concubinage ceux qui s'y livrent, à pousser les concubins vers le mariage par l'appât des avantages qu'elle y attache et à les contraindre, s'ils veulent laisser après

eux un héritier qui soit le véritable continuateur de leur personne et de leur position sociale, à légitimer par un mariage subséquent le produit de leur commerce illicite. Or, ne serait-ce pas aller directement à l'encontre du but poursuivi par le législateur que d'accorder à l'enfant natnrel le droit d'invoquer l'art. 908 ? D'une part, on lui refuse le titre d'héritier, en punition de la faute commise par son père et d'autre part on l'admettrait à se prévaloir de cette même faute pour améliorer sa situation ! Ce serait démolir d'une main l'œuvre édifiée sagement par l'autre. Telle n'a pu être la pensée du législateur. En conséquence les enfants naturels pourront seulement demander le rapport des libéralités faites à l'un deux, si le bénéficiaire n'en a pas été dispensé par le disposant et s'il vient à la succession ; ils pourront aussi demander la réduction, si la libéralité excède les limites de la quotité disponible.

5° Les personnes, auxquelles appartient le droit d'invoquer l'article 908, peuvent-elles renoncer à s'en prévaloir? La négative s'impose dans le système qui considère l'article 908 comme frappant l'enfant naturel d'une incapacité tenant à des considérations de morale et d'ordre public. L'article 6 défend, en effet, de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Au contraire, si on voit dans l'article 908 une réserve établie en faveur des héritiers légitimes, rien ne s'oppose à ce que ceux, au profit de qui elle existe, renoncent à s'en prévaloir et en abandonnent l'émolument. Mais nous n'avons trouvé dans l'article 908 ni une mesure inflexible d'ordre public, ni une règle d'indisponibilité réelle et de réserve; nous savons que la loi a voulu punir les auteurs d'une filiation naturelle en les frappant d'une incapacité personnelle d'enrichir le fruit de leurs désordres; mais la loi n'est pas allée plus loin, elle n'a pas déclaré immorale la possession par l'enfant des biens de ses père et mère na-

turels, puisqu'elle lui concède une partie, et quelquefois même la totalité de ces mêmes biens. Qu'importe alors que celui qui pourrait faire réduire une libéralité excessive, consentie à l'enfant naturel, l'exécute volontairement, au lieu de l'attaquer, comme il en aurait le droit. Ne pourrait-il pas aliéner ses droits à titre onéreux ou à titre gratuit, au profit de l'enfant naturel ou de toute autre personne? Il n'existe entre lui et l'enfant naturel aucune incapacité de contracter et on ne peut pas dire que la ratification, qu'il donne à une libéralité que lui seul aurait pu attaquer, blesse les bonnes mœurs, car cette ratification posthume n'a certes pas pour effet d'encourager le concubinage. Elle n'est pas non plus contraire à l'ordre public, car elle ne réglemente que des intérêts privés dont les parties peuvent librement disposer. Enfin, qu'on ne dise pas qu'une telle convention va à l'encontre d'une disposition prohibitive de la loi, car ce n'est pas cette convention que la loi a prohibée, c'est seulement la libéralité faite par le père à son enfant naturel; mais, quant à la ratification postérieure donnée par les ayant-droits, il ne leur est pas plus défendu de la consentir, qu'il n'est défendu, par exemple, de ratifier une obligation entachée de dol ou de violence, ou de transiger sur l'intérêt civil résultant d'un délit (en ce sens, Cass. 16 août 1841. Sir. 41, 1, 609).

III. — *Quelles personnes sont frappées par l'article* 908 *de l'incapacité relative de recevoir.* — La loi ne mentionne que les « enfants naturels, » mais sous cette expression générale sont compris sans aucun doute non-seulement les enfants naturels simples, mais les enfants adultérins et incestueux. Les uns et les autres ont certainement des droits dans la succession de leurs père et mère, droits qui sont plus ou moins étendus, comprenant tantôt une quote-part (art. 757), tantôt la totalité (art. 758) des biens héréditaires, tantôt enfin consistant dans une créance d'aliments (art. 662). Quelle que soit l'étendue de ces droits, ils

sont la limite que l'article 908 impose aux libéralités des pères et mères naturels. Il y a donc entre l'article 908 d'une part et les articles 757, 758 et 762 d'autre part une étroite corrélation qui permet d'appliquer l'article 908 à tous les enfants naturels auxquels le titre des successions reconnaît des droits héréditaires ; en conséquence les enfants adultérins on incestueux ne pourront recevoir aucune disposition à titre gratuit qui excède les aliments auxquels ils ont droit de prétendre dans la succession *ab intestat*.

L'incapacité ne peut atteindre que les enfants naturels dont la filiation a été légalement constatée, car l'article 908 prenant la succession *ab intestat* pour base et pour limite de la succession testamentaire ou contractuelle se réfère par là même à l'article 756, lequel n'accorde de droits qu'aux enfants naturels légalement reconnus. Or, la reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire, est la seule voie légale de constater la filiation des enfants nés hors mariage. L'enfant naturel non reconnu n'existe pas aux yeux de la loi comme enfant naturel, il n'a aucun droit dans la succession *ab intestat* de ses père et mère, il est donc en dehors de la prohibition de l'article 908 et par conséquent il est capable de recevoir.

Quant aux enfants naturels nés d'un commerce adultérin ou incestueux, la loi n'en permet pas la reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire. Bien que reconnu, l'enfant naturel adultérin ou incestueux n'existe pas comme tel aux yeux de la loi ; il est donc capable de recevoir de ses auteurs comme le serait un étranger. Toutefois, il peut arriver que, par la force même des choses ou par l'effet d'un jugement, une filiation adultérine ou incestueuse vienne à être judiciairement constatée. Ainsi un mariage contracté de mauvaise foi par les deux époux aura été déclaré nul pour cause de bigamie ou d'inceste, ou bien le mari ou ses héritiers auront désavoué l'enfant conçu par la femme pendant le mariage, ou bien encore un enfant aura intenté une action en récla-

mation d'état contre une femme mariée et, la maternité une fois prouvée, le mari ou ses héritiers établiront, conformément à l'article 325, que l'enfant n'est pas celui du mari de la mère. Dans ces différents cas, mais dans ces cas-là seulement, les articles 908 et 762 recevront leur application.

Aux termes de l'article 334, la reconnaissance d'un enfant naturel simple doit être faite par acte authentique. La reconnaissance faite par acte sous seing privé ne produit aucun effet, elle est donc insuffisante pour faire réduire les libéralités faites à l'enfant naturel. Il en serait de même bien certainement si la reconnaissance était contenue dans un testament olographe. Pourtant une difficulté s'est présentée pour le cas où le père, dans un même testament olographe, reconnaît son enfant naturel et en même temps l'institue son légataire universel. On s'est demandé si, dans ce cas, un tel aveu de la filiation naturelle ne suffisait pas pour faire réduire le legs conformément à l'article 908. La même question se pose dans une hypothèse à peu près identique, celle où le testateur dans son testament reconnaît comme enfant naturel et l'institue légataire universelle une personne qui, d'après les liens de parenté ou d'alliance dans lesquels étaient engagés ses auteurs à l'époque de sa conception, ne pourrait avoir qu'une filiation incestueuse ou adultérine. Ainsi, qu'il s'agisse soit d'un enfant naturel simple, soit d'un enfant adultérin ou incestueux, la question est de savoir si le fait de sa reconnaissance dans le même acte qui contient la libéralité est suffisant pour entraîner l'application de l'article 908 et la réduction de la libéralité à la quotité déterminée par les articles 757 et 762.

Une jurisprudence à peu près constante s'est prononcée pour l'application de l'article 908. (En ce sens, Cass. 4 janv. 1832 Sir. 32, 1, 145 ; Nîmes, 2 mai 1837, Sir. 37, 2, 317 ; Cass. 7 déc 1840 Sir. 41, 1, 140 ; Lyon, 13 mars 1847, Dall. 47, 1, 75 ; Cass.

31 juil. 1860, Sir. 60, 1, 883; Amiens, 11 janv. 1864, Sir, 64, 2, 11; Paris, 11 août 1866, Sir. 67, 2, 137; Caen, 11 déc. 1876, Sir. 77, 2, 8; Aubry et Rau, t. 6, § 568 ter, p. 177, n. 14). La jurisprudence ne va certainement pas jusqu'à attribuer à la reconnaissance, contenue dans un testament olographe, les effets légaux qu'une reconnaissance authentique produirait à l'égard d'un enfant naturel simple. Elle ne prétend pas non plus que la reconnaissance d'une filiation adultérine ou incestueuse ne soit frappée d'une nullité tout aussi absolue quand elle intervient dans l'acte même de libéralité que lorsqu'elle est faite par acte séparé. Mais elle considère la reconnaissance et la disposition à titre gratuit qui ont lieu dans le même acte comme tellement inséparables que l'enfant ainsi reconnu ne peut, scindant l'acte, écarter la reconnaissance comme nulle et réclamer le bénéfice de la libéralité, sans que la reconnaissance ne se retourne immédiatement contre lui.

Il importe d'écarter de suite ce premier argument que nous rencontrons dès le début de cette discussion. Sans doute les énonciations contenues dans un même acte forment une preuve indivisible, lorsqu'elles sont corrélatives entre elles et, en outre, lorsque chacune d'elles présente une égale force probante. Or il n'en est rien dans notre espèce; lorsqu'un acte à titre gratuit renferme à la fois une reconnaissance et une libéralité, il y a là deux actes juridiques tout à fait distincts et indépendants l'un de l'autre; ils peuvent subsister chacun avec l'individualité qui leur est propre et grâce au concours de leurs éléments respectifs; mais l'existence de l'un n'est d'aucune façon subordonnée à la validité de l'autre, ils n'ont entre eux aucune corrélation nécessaire. Ils ne présentent pas non plus la même force probante, puisque la libéralité réunit toutes les conditions extrinsèques nécessaires à sa validité, tandis que la reconnaissance d'un enfant naturel simple contenue dans un testament olographe est nulle et que la recon-

naissance d'un enfant adultérin ou incestueux est prohibée, dans quelque circonstance qu'elle se produise. Ainsi donc il n'est pas vrai de dire que l'enfant naturel institué légataire et reconnu par le même acte se trouve en présence d'un acte indivisible qu'il doive forcément accepter ou répudier dans son entier.

Mais ce n'est pas là le seul ni même le principal argument des partisans de la réduction des libéralités faites à l'enfant naturel. Peu importe, dit-on dans le système de la jurisprudence, que l'enfant naturel institué légataire et en même temps reconnu dans un testament olographe ait été ou non valablement reconnu ; ce n'est pas à cause de sa qualité d'enfant naturel que la libéralité doit être annulée ou réduite. Peu importe également que la reconnaissance aboutisse à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse ; les juges n'ont pas à se livrer à une recherche de la filiation du bénéficiaire, ils prennent l'acte de libéralité avec l'ensemble des énonciations qu'il contient et avec la qualité que le disposant lui-même a donnée au donataire ou légataire. C'est parce que le disposant, — à tort ou à raison, les juges n'ont pas à le rechercher — avait en vue cette qualité d'enfant naturel, attribuée par lui au bénéficiaire, qu'il a consenti la libéralité ; c'est parce que cette conviction que le testateur avait de sa paternité naturelle a été la cause du legs et parce qu'il n'est pas permis aux juges de séparer le legs de la cause qui lui est attachée, que la libéralité ne doit pas subsister dans son intégralité. En d'autres termes, si la disposition doit être réduite, ce n'est pas précisément parce qu'elle s'adresse à un enfant naturel ni parce que les juges auraient à rechercher une filiation adultérine ou incestueuse, mais plutôt par application des articles 1131 et 1133 du Code civil, parce que la libéralité repose sur une fausse cause ou sur une cause illicite. En effet, s'il s'agit d'un enfant naturel simple que le testateur a institué son légataire à cause même de cette qualité, la cause du legs ainsi déclarée par le disposant est ou fausse ou

illicite : elle est fausse, puisque la reconnaissance étant contenue, comme nous le supposons, dans un testament olographe, la filiation n'est pas légalement prouvée; en tous cas elle est illicite, en tant qu'elle excède la quotité fixée par les articles 908 et 757, puisque, pour le respect des bonnes mœurs et dans l'intérêt de l'ordre social, le législateur n'a pas permis que l'enfant naturel puisse être placé sur la même ligne que la famille légitime.

S'agit-il d'un légataire dont la filiation serait adultérine ou incestueuse, à bien plus forte raison on peut dire que la cause du legs est ou fausse ou illicite : elle est fausse, puisque le legs a pour cause une filiation qui ne peut pas être prouvée, que la loi elle-même défend de prouver; elle est de plus contraire aux lois et aux bonnes mœurs, parce qu'il y a dans une telle reconnaissance une sorte de cynisme de la part du disposant qui, au mépris de la morale et sans souci du scandale inutile qu'il provoque, ne craint pas de lever ainsi le voile dont la loi a voulu couvrir les turpitudes de sa vie antérieure.

Il y a certainement dans cette augmentation des considérations dont la valeur, au point de vue de la morale, est indiscutable et on ne peut qu'approuver l'intention qui a guidé la jurisprudence dans l'admission de son système; mais les raisons de décider sont-elles aussi puissantes que pourrait le laisser croire le nombre considérable d'arrêts intervenus dans le sens de cette doctrine; sont-elles surtout conformes à la logique et aux vrais principes du droit? Sur ce point, une étude approfondie de la question ne peut manquer de faire naître bien des hésitations. Nous affirmons d'abord que ce système manque de logique, en ce qu'il considère le bénéficiaire comme un enfant naturel pour lui appliquer l'article 908 et l'incapacité qu'il édicte, tandis qu'il refuse de voir en lui un enfant naturel pour lui en accorder les droits; en effet, la jurisprudence n'admet pas que la reconnaissance d'un enfant naturel simple faite dans un testament olographe, ou l'aveu d'une

paternité adultérine ou incestueuse même consigné dans un testament authentique soient suffisants pour l'application des articles 757 et 762. En second lieu, pourquoi exiger pour l'application de l'article 908 la réunion dans un même acte de la reconnaissance et de la libéralité? Est-ce donc là le seul cas d'où l'on puisse induire que la libéralité a une cause illicite, et souvent ne sera-t-il pas tout aussi rationnel de chercher la preuve de cette cause illicite dans un acte de reconnaissance distinct de l'acte de libéralité, et ne pourra-t-on pas tout aussi facilement rattacher la libéralité à la reconnaissance, lorsqu'elles auront été consignées, non pas dans le même acte, mais dans deux actes plus ou moins rapprochés ? On n'ose pas aller jusque-là; et pourtant, dans la plupart des cas, ne sera-t-il pas clair que la libéralité n'a été consentie précisément qu'en vue de faire produire quelque effet à une reconnaissance, antérieure en date peut-être de quelques jours seulement? Cet aveu de paternité, pour n'être pas contenu dans le même acte que la libéralité, n'en apparaîtra pas moins comme la cause qui a provoqué la générosité du disposant. Pour être logique, il faudrait même aller plus loin et permettre de rechercher la preuve d'une cause illicite, non-seulement dans une reconnaissance de filiation qui ne peut produire d'effet, soit parce qu'elle est contenue dans un testament olographe, soit parce que, faite même devant un officier public, elle est prohibée par la loi comme adultérine ou incestueuse ; mais cette preuve d'une cause illicite, il faudrait pouvoir la chercher dans toute manifestation de volonté du disposant, dans sa correspondance, dans ses papiers de famille, l'induire même du fait que pendant sa vie le testateur a traité le légataire comme son enfant, l'a entouré de soins et d'une affection qui ne laissaient aucun doute sur l'opinion qu'il avait de sa paternité, enfin, que c'est précisément cette conviction, partagée par lui jusqu'à sa mort, qui a dicté la libéralité. Un seul arrêt, à

notre connaissance, est entré timidement dans cette voie et n'a pas reculé devant cette conséquence logique du système. La Cour d'Amiens (arrêt du 14 janvier 1864) reconnaît que la preuve de l'opinion que le testateur avait de sa paternité et de l'influence que cette opinion a pu exercer sur son esprit, peut être puisée dans une lettre écrite par le testateur sur la même feuille de papier que le testament. Il est vrai que la Cour, dans l'espèce, déclare que la lettre est l'annexe nécessaire du testament et ne forme avec lui qu'un seul corps et un seul tout. Mais dès que l'on consent à aller puiser dans un acte, autre que le testament lui-même, la preuve que le legs a une cause illicite, qu'importe que ces deux actes soient écrits ou non sur la même feuille de papier, et on en est alors réduit à se demander : quel sera donc le lien plus ou moins étroit qui doit rattacher le testament aux documents dont on prétend faire résulter cette preuve? On est bien près de tomber dans l'arbitraire, lorsqu'on en vient à décider que la preuve d'une cause illicite résultera ou ne résultera pas d'une simple lettre, suivant que cette lettre sera ou ne sera pas écrite sur le même feuillet que le testament, suivant qu'elle sera ou non contenue sous une même enveloppe portant une suscription qui indique les personnes à qui elle sera remise avec le testament. De cette circonstance toute matérielle que la reconnaissance et le testament sont écrits sur une même feuille, de ce fait purement accidentel que ces deux actes ont été rédigés en un même contexte, au lieu de l'être dans des documents distincts et à des époques plus ou moins rapprochées, il n'est pas possible de tirer un *criterium* certain qui permette d'affirmer que le disposant, dans ce cas-là, mais dans ce cas-là seulement, avait en vue une cause illicite. Si, comme le veut la jurisprudence, la libéralité doit être réduite ou annulée par la raison que le disposant, en la faisant, a eu en vue une fraude à la loi et a voulu déjouer les précautions prises par le législateur dans l'article 908, il faut que la fraude

puisse être établie par tous les moyens de preuve, même par de simples présomptions (art. 1353).

On prétend que la libéralité doit être annulée en vertu des articles 1131 et 1133 ; nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de l'application de ces textes à notre matière. Mais est-ce que ces dispositions légales que l'on invoque ont subordonné la preuve d'une cause fausse ou d'une cause illicite à cette condition expresse que cette preuve résulterait de l'acte même qui contient l'obligation? Nullement. Et s'il en est ainsi, sans doute aucun, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux, pourquoi en serait-il autrement lorsque l'acte que l'on prétend entaché d'une cause illicite est une disposition à titre gratuit?

Il est vrai que, si l'on fait résulter des documents, qui n'ont qu'un rapport plus ou moins direct avec le testament, la preuve de l'opinion que le testateur avait de sa paternité et de l'influence que cette opinion a exercée sur la libéralité, on en arrive ainsi à la constatation d'une filiation naturelle contre l'enfant lui-même, constatation qui est formellement interdite par les articles 340 et 341. Bien plus, on en vient à la reconnaissance judiciaire d'une filiation adultérine ou incestueuse, reconnaissance qui est non moins formellement prohibée par les articles 335 et 342. Mais ne voit-on pas que, dans le système de la jurisprudence, on arrive au même résultat, bien qu'on veuille restreindre la possibilité d'une telle recherche au seul cas où la preuve de la filiation naturelle ressortira de l'acte même de libéralité. Non, dit la Cour de cassation, les juges ne se livrent pas à une recherche de la filiation naturelle, ils prennent l'acte de libéralité dans son ensemble, avec la qualification que le disposant lui-même a donnée au bénéficiaire. La réponse à cette objection est bien simple : en s'emparant de cette conviction que le disposant avait de sa paternité, les juges du fait la font leur, ils la partagent, ils regardent eux-mêmes cette paternité comme réelle et, en appuyant leur décision

sur cette filiation non légalement établie, ils violent la loi qui interdit la recherche de la paternité, ils considèrent comme vérifié un fait dont la loi leur interdit la constatation. — Bien plus, avec le système de la jurisprudence, on arrive à ce résultat singulier que, dans la plupart des cas, l'on accordera plus de crédit et plus de puissance à une reconnaissance irrégulière et nulle, telle que celle qui est faite dans un testament olographe et qui peut-être ne s'y est glissée qu'incidemment, sans attirer l'attention du testateur, qu'à une reconnaissance authentique, faite dans les formes voulues par la loi, en présence d'un officier public, dans des circonstances telles, en un mot, qu'aucun doute sérieux ne peut subsister sur la volonté et la liberté de celui qui la fait et qui précisément a eu recours à un acte dont l'objet spécial et unique était la constatation de sa paternité.

Quant aux articles 1131 et 1133, la jurisprudence s'est formellement prononcée dans le sens de leur application aux dispositions à titre gratuit. « Attendu, dit la Cour de Nîmes (arrêt du 2 mai 1837) que les articles 1131 et 1133, qui régissent tous les contrats en général, s'appliquent aux actes de libéralité, aux contrats de bienfaisance, comme il est certain que l'article 1109 s'y applique et comme cela s'induit d'ailleurs de l'article 1105 qui, dans le chapitre préliminaire du titre *des obligations*, met le contrat de bienfaisance au rang de ceux que ces règles doivent gouverner. » Remarquons d'abord que l'argument tiré de ce que les articles 1105, 1108 et 1109 sont généraux et s'appliquent aux contrats de bienfaisance, pour arriver à conclure que les articles 1131 et 1133 s'y appliquent également, que cet argument, disons-nous, n'a aucune valeur en ce qui concerne le testament, lequel bien certainement n'est pas un contrat. Or la loi ne dit nulle part que le legs doit avoir une cause licite. Quant au contrat de donation, il est hors de doute que, pour être valable, il doit comme tout autre contrat avoir une cause licite. Mais quelle est la cause

d'un acte de libéralité, soit legs, soit donation? C'est la volonté bienfaisante du disposant, sa volonté de faire le bien et d'enrichir le bénéficiaire. Voilà la cause finale et déterminante de la libéralité, la seule dont se préoccupe l'article 1131. On n'a pas à se demander pourquoi le disposant a voulu enrichir le bénéficiaire. Est-ce parce que celui-ci est son enfant naturel, ou bien pour tout autre motif, tel qu'un service rendu? Peu importe; c'est là non plus la cause directe et prochaine dont se préoccupe l'article 1131, c'est simplement la cause médiate de la libéralité, c'en est le motif impulsif. La véritable cause de l'obligation de donner est l'affection du donateur pour le donataire ; cette cause est licite, elle suffit pour la validité de la donation. On n'a donc pas à rechercher quel est le mobile de cette affection, ce serait alors considérer *la cause de la cause*. Quant à l'opinion plus ou moins fondée de la paternité, c'est là le motif de la libéralité et nullement sa cause. Or la loi, même dans les articles 1108 et 1131, ne s'occupe jamais des motifs d'un contrat. Pour être entachée d'une véritable cause illicite, il faudrait par exemple que la libéralité eût été consentie à la charge par le bénéficiaire de commettre un acte malhonnête, de rendre au disposant un service honteux. En admettant qu'on pût trouver dans une telle libéralité une véritable cause illicite, et non pas l'une de ces conditions illicites que l'article 900 répute non écrites, il faudrait prononcer la nullité de la donation; mais ce ne serait pas comme constituant une donation viciée dans sa cause, ce serait plutôt parce qu'il y aurait dans un tel acte tous les éléments d'un contrat commutatif dont la cause serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

M. Demolombe (Filiat. n° 429 et 588), après avoir écarté très formellement l'application des articles 1131 et 1133 aux dispositions à titre gratuit, et après avoir repoussé la distinction que l'on voudrait établir entre le cas où la libéralité et la reconnais-

sance sont contenues dans un même acte et celui où elles le sont dans des actes séparés, finit néanmoins par avouer que la libéralité devrait être annulée, ou réduite à la quotité déterminée par les articles 757 et 762, dans un seul cas, qui d'ailleurs ne se rencontrera presque jamais : c'est celui où le disposant aurait déclaré lui-même que l'opinion de sa paternité était la cause unique et déterminante de la libéralité. Comme on le voit, la critique de M. Demolombe ne s'attaque pas à la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'est toujours trouvée en présence d'une question de fait souverainement tranchée par les premiers juges, et qui ne peut pas avoir à décider en fait si la filiation naturelle est ou n'est pas la cause unique de la libéralité ; la question porte donc bien plus sur une appréciation de fait que sur une question de droit. Mais, même en réduisant la difficulté aux termes d'une pure appréciation de fait, quelle certitude les juges auront-ils que le disposant, en donnant à son enfant naturel au-delà de la quotité déterminée par les articles 757 et 762, a voulu uniquement enfreindre la loi ? Il déclare, il est vrai, que le bénéficiaire est son enfant naturel ? Soit ; mais peut-être n'entendait-il par là que faire une désignation, que donner une qualification à celui à qui s'adresse la libéralité ? Mais, même en admettant que cette qualité d'enfant naturel donnée au bénéficiaire dans l'acte fût bien réellement dans l'intention du disposant le motif de la libéralité, rien ne prouve que ce soit là le seul motif qui a inspiré l'acte libéral, le disposant pouvait avoir d'autres motifs qu'il n'a pas indiqués et rien ne l'obligeait à les indiquer. Or, ces motifs qu'il a voulu tenir secrets suffiraient peut-être pour faire valoir la libéralité. Ainsi donc, voir une cause illicite dans cette simple qualification d'enfant naturel, c'est créer une cause illicite par voie de présomption, ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire. — Allons même plus loin et supposons, comme semble l'exiger M. Demolombe pour la nullité de la libéralité, que le disposant ait déclaré

dans l'acte même que la qualité d'enfant naturel, qu'il attribue au bénéficiaire, est la cause *unique* et déterminante de la libéralité. Eh bien ! qu'importe ce que le disposant a déclaré, si ce qu'il déclare ne peut avoir aucun effet légal. Or, aucun doute n'est possible à cet égard ; s'il s'agit d'un enfant naturel simple, la reconnaissance est nulle et inexistante, parce qu'elle est contenue dans un testament olographe ; s'il s'agit d'un enfant adultérin ou incestueux, la reconnaissance est encore nulle, parce qu'elle est prohibée par la loi. Dans un cas comme dans l'autre, ce que déclare le disposant est de nul effet, donc la qualité d'enfant naturel légalement n'existe pas, et, si elle n'existe pas, elle ne peut pas être un obstacle à la validité de la libéralité (Laurent, t. 11, n° 360 et t. 4, n° 158).

En résumé, et pour conclure, malgré les considérations morales très sérieuses qui ont inspiré le système de la jurisprudence, nous pensons que la loi elle-même, ayant reculé devant le scandale qui résulterait de la recherche d'une filiation adultérine ou incestueuse, l'interprête doit également s'arrêter devant le scandale non moins grand d'une reconnaissance adultérine ou incestueuse faite par le disposant dans un acte de libéralité. Qu'on ne dise pas qu'il y aura scandale à ce qu'un père laisse sa fortune à celui que l'opinion publique désigne comme son enfant adultérin ou incestueux. Nous répondons que la loi a voulu jeter un voile sur ces désordres et que l'interprête ne peut pas de sa propre autorité lever ce voile et faire ainsi ce que le législateur lui-même n'a pas osé faire. Nous dirons avec Marcadé (t. 2. sur l'art. 762, *in fine*) que, « dans la pensée du Code, la seule peine que la loi inflige aux auteurs d'enfants adultérins ou incestueux, c'est de ne pouvoir les nommer légalement leurs enfants ; d'empêcher énergiquement toute divulgation légale de ces parentés honteuses, en effaçant toute reconnaissance qui peut s'en trouver faite ; que c'est évidemment le système tout moral adopté par le Code,

et que c'est violer la loi d'une manière ou d'une autre que de chercher à frapper par l'argent, hormis le seul cas où la filiation se trouve connue en justice par la force même des choses. »

IV. Questions. 1° *L'enfant naturel peut-il recevoir à titre gratuit des ascendants de ses père et mère?* — L'article 908, en subordonnant l'incapacité de l'enfant naturel aux droits qui lui sont accordés par le titre *des successions*, indique bien que la règle qu'il pose ne s'applique que dans les rapports de l'enfant naturel avec les personnes dont celui-ci peut recueillir la succession *ab intestat*. Or, aux termes de l'article 756, il n'a de droit que sur la succession *ab intestat* de ses père et mère ; c'est donc uniquement à l'égard de ceux-ci qu'existe l'incapacité de l'article 908. Quant aux ascendants et aux autres parents de ses père et mère, l'enfant naturel ne peut prétendre aucun droit sur leur succession (art. 756), l'article 908 est donc étranger aux libéralités qui seraient faites par ces personnes, et par conséquent la capacité de l'enfant naturel subsiste entière à leur égard. Néanmoins un arrêt de la Cour de Besançon du 25 juin 1808, (Sir. 1808, 2,407) s'est prononcé en sens contraire par cette raison, dit l'arrêt, que, rien n'étant accordé à l'enfant naturel dans la succession légitime des *parents* de ses père et mère, il ne peut, conformément à l'article 908, rien prétendre dans leur succession testamentaire ou contractuelle. Mais, répond Marcadé (sur l'art. 908) : « puisqu'il n'est rien accordé à l'enfant naturel, il est clair que ce n'est pas par rapport aux parents de ses père et mère qu'est établie l'incapacité de recevoir *au-delà de ce qui est accordé*. » Nous ajoutons qu'en suivant le système adopté par la Cour, on arrive à cette conséquence que l'enfant naturel ne pourrait recevoir aucune libéralité de qui que ce soit, même d'un étranger, puisqu'il n'est pas appelé à recueillir la succession de ce dernier. Or, personne n'ose aller jusque-là. C'est donc avec raison que la jurisprudence postérieure à l'arrêt de la Cour de Besançon et la doctrine rejet-

tent le système adopté par l'arrêt précité. (En ce sens, Demol., Don. et test., t. 1, n° 562; Aubry et Rau, t. 7, p. 35; Rouen 10 mars 1851, Sir., 51. 2, 211).

2° *Le descendant naturel d'un enfant naturel prédécédé peut-il recevoir des libéralités de son aïeul?* En d'autres termes, celui qui a eu un enfant naturel, actuellement décédé, peut-il disposer au profit de son petit-fils, qui lui-même est enfant naturel? Il le peut, puisque l'article 756 refuse à l'enfant naturel tous droits dans la succession *ab intestat* de son aïeul et que, comme nous venons de le démontrer, l'incapacité de l'article 908 ne frappe précisément que ceux qui ont des droits dans la succession légitime. Il est vrai qu'on a essayé de soutenir que le petit-fils naturel a des droits dans la succession *ab intestat* de son aïeul naturel; on s'appuie sur une observation du consul Combacérès lors de la discussion de l'art 759 au Conseil d'État, observation qui n'aurait pas été contredite (Fenet, t. 12, p. 30). Mais l'opinion toute personnelle de Combacérès ne saurait prévaloir contre le texte très formel de l'article 756, qui refuse précisément aux enfants naturels tous droits sur les biens des parents de leur père et mère. Si, comme le voulait Combacérès, l'enfant naturel, qui sans aucun doute n'aurait pas de droits sur la succession de son aïeul légitime, en avait sur la succession de son aïeul naturel, la loi aurait consacré ce résultat vraiment monstrueux, à savoir que: « l'enfant naturel aurait intérêt à ce que son père ou sa mère, au lieu d'être enfants légitimes, fussent eux-mêmes des enfants naturels. » (Demol. succ., t. 2, n° 88; Aubry et Rau, t. 6, p. 330, n° 17),

3° *Le descendant légitime d'un enfant naturel prédécédé peut-il recevoir, par donation ou par testament, du père ou de la mère de son auteur au delà de ce qui lui est accordé dans leur succession* ab intestat? — Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, nous supposons que l'enfant naturel du disposant est

prédécédé ; car, s'il était vivant, la libéralité serait annuiable, non pas en vertu de l'art. 908 comme faite directement à un incapable, mais en vertu de l'article 911 comme faite à l'incapable par l'intermédiaire de son descendant, présumé personne interposée.

La question qui nous occupe se lie étroitement avec celle que soulève l'interprétation de l'art. 759 ; cet article accorde-t-il aux descendants de l'enfant naturel un simple droit de représentation de leur père dans la succession de leur aïeul ? ou bien, au contraire, leur donne-t-il une vocation personnelle, un droit propre qu'ils pourraient exercer de leur chef, non seulement en cas de prédécès de leur auteur, mais même en cas d'indignité ou de renonciation de ce dernier ? Pour ceux qui pensent que l'art. 759 consacre un simple droit de représentation et que les descendants de l'enfant naturel ne peuvent exercer d'autres droits que ceux qui auraient appartenu à leur auteur s'il avait survécu, il n'y a pas de doute possible ; le représentant ne peut pas avoir plus de droit que n'en aurait eu le représenté ; en conséquence l'art. 908 est applicable et les libéralités faites par l'aïeul à son petit-fils ne peuvent excéder la quotité que l'enfant naturel lui-même aurait recueillie dans la succession *ab intestat*, s'il avait survécu.

Mais l'opinion contraire est adoptée par la majorité des auteurs ; c'est avec raison, croyons-nous, que l'on décide que l'article 759 consacre non seulement un droit de représentation, mais une véritable vocation héréditaire des descendants de l'enfant naturel ; il ne faut pas, en effet, prendre à la lettre les mots « *en cas de prédécès* » employés par l'art. 759. Ces expressions sont le plus souvent dans les dispositions de la loi synonymes de celle-ci « *à défaut de.....* » En outre, il ne faut pas oublier qu'il est de principe constant en matière de représentation que le représentant doit être lui-même habile à succéder ; donc, quand bien même l'art. 759 n'aurait accordé qu'un simple droit de représentation et n'aurait eu en vue que le cas de prédécès, il n'en aurait

pas moins consacré implicitement une vocation personnelle au profit des descendants de l'enfant naturel.

Mais, dans cette opinion, que décider relativement à l'application de l'art. 908? Les descendants légitimes de l'enfant naturel sont-ils frappés de l'incapacité de recevoir, par donation ou par testament, au-delà de ce qui leur est accordé dans la succession *ab intestat* de leur aïeul ?

L'affirmative est soutenue par la généralité des auteurs, comme plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. D'abord le texte : la loi, dans les art. 759 et 760, établit une assimilation complète entre l'enfant naturel et ses descendants; ils exercent les mêmes droits, ils sont également soumis à la même obligation d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre tout ce qu'ils ont reçu du *de cujus*. Or ces art. 759 et 760 reçoivent leur sanction dans l'art. 908 qui en est la consécration et la conséquence. L'art. 908 est étroitement lié à toutes les dispositions contenues dans les art. 757, 759 et 760, et l'incapacité qu'il édicte frappe toutes les personnes auxquelles ces art. 757 à 760 accordent des droits dans la succession *ab intestat*. Ce qui montre bien que la disposition de l'art. 908 est aussi générale que possible, c'est que le législateur y emploie l'expression générique « enfants naturels », qui comprend aussi bien les enfants du premier degré que les descendants légitimes des degrés ultérieurs. Tel est, de l'aveu de tous, le sens de la même expression dans l'art. 767; telle est encore la disposition formelle de l'art. 914 qui prend soin de dire que « sous le nom d'*enfants* employés par l'art. 913, sont compris les descendants en quelque degré que ce soit. » — En second lieu, ce système est plus en rapport avec l'esprit général de la loi sur l'incapacité des enfants naturels : le législateur, en édictant l'art. 908, avait pour but de protéger la famille légitime et de faire respecter la dignité du mariage ; l'incapacité qu'il établit est dirigée non pas contre l'enfant naturel qui est innocent, mais contre le père auteur de la faute. Or, le

père naturel, que la loi a voulu atteindre, sera-t-il puni, s'il peut donner à son petit-fils ce que la loi lui défend de donner à son enfant naturel? Son affection pour le premier est certainement non moins vive que l'amour qu'il avait pour le second. Si on adoptait le système contraire, les intérêts de la famille légitime ne seraient plus protégés contre la faiblesse et les entraînements du père naturel ; si les descendants de l'enfant naturel étaient capables de recevoir *in infinitum* de leur aïeul, les ferments de discorde que la présence de l'enfant naturel suscite dans la famille et que l'art. 908 a pour effet d'étouffer, subsisteraient avec non moins de puissance et autant de danger que si l'enfant naturel lui-même avait eu pleine capacité de recevoir. — Enfin qu'on ne dise pas que l'art. 759, ayant accordé aux descendants de l'enfant naturel une faveur en leur reconnaissant des droits dans la succession de leur aïeul, il n'est pas juste que cette faveur se retourne contre eux. On répond que la loi, accordant une faveur, peut l'accorder avec les restrictions qu'il lui plaît, et que d'ailleurs la situation des descendants de l'enfant naturel, comparée à celle de leur père, est encore meilleure, même si on leur applique l'art. 908 : leur père ne pouvait, en effet, succéder qu'à ses père et mère naturels et pour une portion plus ou moins faible ; eux succèdent non seulement à leurs père et mère, mais aussi à leurs ascendants, et de plus leur vocation à la succession de leurs père et mère, au lieu d'être d'une quote-part de la succession, est de la totalité. (En ce sens, Demol., Pat. et Fil. n° 554, Don., t. I, n° 561 et Succ., t. II, n° 95 ; Marcadé sur les art. 908 et 911 ; Paris, 26 décembre 1828, Sir. Coll. Nouv., 9e vol., 2, 175).

Malgré ces raisons, une jurisprudence à peu près unanime et quelques bons auteurs se refusent à appliquer aux descendants de l'enfant naturel l'incapacité de l'article 908. Cette doctrine nous paraît plus conforme aux textes et aux principes de la loi. Pour qu'une personne soit incapable de recevoir à titre gratuit, il

faut (art. 902) qu'elle ait été déclarée telle par un texte formel de la loi. Or, aucun texte n'a prononcé cette incapacité contre les descendants de l'enfant naturel. Ce n'est, en effet, ni l'article 759 ni l'article 760 ; l'un leur reconnaît des droits dans la succession *ab intestat* de leur aïeul, rien de plus; l'autre leur impose l'obligation d'imputer ce qu'ils ont précédemment reçu sur ce qu'ils peuvent prétendre, mais ne les déclare pas incapables, pas plus que l'obligation du rapport imposé à l'héritier donataire n'implique son incapacité de recevoir par préciput. Ce n'est pas non plus l'article 908, lequel ne frappe d'incapacité que les *enfants naturels* et non pas leurs descendants. On objecte dans la doctrine adverse, que le mot « *enfants* » comprend tous les descendants. Il les comprend si peu que précisément il a fallu un texte formel, l'article 759, pour mettre les descendants de l'enfant naturel sur la même ligne que leur père et leur accorder les mêmes droits dans la succession *ab intestat*. Il aurait également fallu un texte formel pour les frapper de la même incapacité, or ce texte n'existe pas, donc ils restent sous l'empire du droit commun, ils sont capables. Les incapacités ne se créent pas par argument d'analogie ni par renvoi à d'autres dispositions ; elles sont de stricte interprétation. On objecte encore que l'incapacité de l'article 908 est établie pour sauvegarder les intérêts de la morale et la dignité du mariage, que c'est dans ce but que le législateur a tracé une ligne de démarcation entre la famille légitime et la famille naturelle ; or, dit-on, les motifs qui ont inspiré l'incapacité de l'enfant naturel lui-même sont également applicables à ses descendants. Nous répondons : il est vrai que le but de la loi, en refusant à l'enfant naturel les avantages que le mariage peut seul conférer, est de provoquer les père et mère à donner à leur union la sanction de la loi et que l'incapacité de l'article 908 est une peine dirigée moins contre l'enfant naturel, bien qu'elle l'atteigne, que contre ses auteurs, pour les punir du déréglement dans

lequel ils ont vécu. Mais, comme toute peine, celle-ci pour être efficace ne doit pas dépasser le but poursuivi ; or, on paraît craindre que les père et mère ne soient tenus éloignés du mariage par cette arrière-pensée que, ce qu'il leur est impossible de faire pour l'enfant naturel, ils pourront au moins le faire pour ses descendants. Y a-t-il vraiment là un danger sérieux ? Un tel calcul de la part des père et mère naturels est si peu probable, il reposerait d'ailleurs sur un événement tellement incertain et si reculé dans l'avenir, le prédécés de l'enfant naturel, qu'il n'est pas à craindre que l'on spécule sur cette éventualité pour renoncer au mariage. Il suffirait donc au législateur, pour assurer la sécurité de la famille légitime et dans l'intérêt des bonnes mœurs, d'interdire aux père et mère de consentir des libéralités excessives à leur enfant naturel, de leur interdire même d'en consentir au profit des descendants de leur enfant naturel, du vivant de celui-ci ; mais quand l'enfant naturel n'existe plus, la prohibition cesse aussi d'exister en même temps que celui qui en était l'unique objet. D'ailleurs, il ne faut pas se dissimuler qu'une peine est d'autant plus efficace qu'elle suit de plus près la faute commise ; or, l'incapacité des père et mère naturels de donner à leurs petits-enfants, si elle existait, ne deviendrait un obstacle à leur coupable affection que dans un temps bien éloigné ; un châtiment si reculé ne pourrait avoir d'effet sur leur conduite présente et le législateur, qui avait déjà suffisamment puni le fait d'une union illégitime par l'incapacité de donner à l'enfant naturel, n'a certainement pas voulu y ajouter une pénalité qui aurait été inefficace, à cause de l'époque éloignée de son application. Il a pensé, avec raison, qu'il vaut mieux ne pas prononcer une peine que d'en édicter une qui frapperait à faux.

Enfin les partisans de la doctrine qui applique aux descendants de l'enfant naturel l'incapacité de l'article 908 en arrivent à cette singulière conséquence ; c'est que si, au lieu d'être légitimes, les

descendants de l'enfant naturel étaient eux-mêmes nés en dehors du mariage, comme leur père ou mère, ils seraient traités avec moins de rigueur et pourraient recevoir de leur aïeul tout ce qu'il est permis de donner à un étranger. Ils auraient avantage à avoir eux-mêmes une filiation naturelle et, s'ils étaient nés en dehors du mariage, à ne jamais être légitimés par leurs père et mère. Cette contradiction ne suffirait-elle pas à elle seule pour faire repousser la doctrine adverse ?

En résumé, l'incapacité de l'article 908 ne frappe pas personnellement les descendants légitimes de l'enfant naturel. Sans doute les libéralités qui leur seraient faites par leur aïeul, du vivant de leur père, seront réductibles à la quotité qu'aurait pu recevoir l'enfant naturel lui-même, parce qu'elles sont réputées (art. 911) faites à ce dernier. Mais, si elles interviennent après le décès de celui-ci, elles doivent être maintenues dans les limites du droit commun, c'est-à-dire qu'elles seront réductibles, si elles dépassent la quotité disponible, et rapportables si, n'étant pas faites par préciput, le petit-fils bénéficiaire vient à la succession de son aïeul. Enfin, autre conséquence de cette doctrine, les descendants de l'enfant naturel n'étant pas frappés par l'article 908 d'une incapacité personnelle, il en résulte que les libéralités faites au profit de leurs conjoints ou de leurs propres enfants ne seront pas réputées faites à des personnes interposées, car l'article 911 n'est applicable que là où l'est l'article 908 (en ce sens, Laurent, t. 11, n° 368; Aubry et Rau, t. 7, p. 36 et n° 55 ; Colmar, 31 mai 1825; Sir., C. N. 25, 2, 82 ; Douai, 9 mai 1836 ; Sir. 36, 2, 573 ; Cass. 13 avril 1840; S. 40, 1, 440 ; Montpellier, 28 janvier 1894; Sir. 64, 2, 84; Gand, 26 février 1874; S. 75, 2, 23 ; Bastia, 23 juillet 1878 ; Sir. 78, 2, 260 ; Cass. 28 mai 1878 ; Sir. 79, 1, 337 ; Cass. 21 juillet 1879 ; Sir. 80, 1, 30).

V. — *Les héritiers légitimes peuvent-ils rechercher la filiation naturelle de l'enfant non reconnu, pour faire réduire*

les libéralités excessives qui lui auraient été faites par celui que l'on prétend être son auteur? — Mettons d'abord de côté le cas où l'action en recherche de la paternité ou de la maternité tendrait à la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse ; cette action ne devrait pas être admise. Il est vrai que l'article 342 ne parle que de l'enfant seul, pour lui interdire une telle recherche ; mais les motifs qui ont inspiré la disposition de l'article 342, la crainte des procès scandaleux et la nécessité de jeter un voile sur les désordres d'une union criminelle ont la même force,que l'action soit intentée par des tiers, ou qu'elle le soit par l'enfant lui-même. Donc la prohibition de la loi pour être efficace doit être absolue (Demol., Pat et Fil. n° 570).

En second lieu, remarquons que notre question ne peut pas se poser dans le système de ceux qui pensent que l'action en recherche de paternité ou de maternité naturelle est une action spéciale à l'enfant lui-même, qu'elle s'éteint avec lui et qu'elle ne passe même pas à ses héritiers et successeurs après sa mort. Un grand nombre d'arrets se sont prononcés en ce sens (Cass. 20 nov. 1843, Sir. 43, 1, 849 ; Cass. 10 avril 1864, Sir. 64, 1, 505). Il est évident que si on admet que cette action est un bénéfice personnel à l'enfant et ne peut pas être exercée par ses propres représentants, à plus forte raison doit-elle être refusée aux tiers qui voudraient l'intenter contre l'enfant lui-même.

Mais des auteurs d'une grande autorité considèrent le droit de rechercher la filiation naturelle comme transmissible aux héritiers et successeurs de l'enfant; les uns veulent que cette action compète à toute personne intéressée et puisse être exercée en tous temps par les ayants-droit, l'enfant fût-il même décédé plus de cinq années après sa majorité, ou se fût-il même désisté de l'action qu'il avait intentée (Aubry et Rau, t. 6, p. 197, § 570)

Suivant d'autres, au contraire, les héritiers de l'enfant naturel ne peuvent exercer l'action en réclamation d'état que sous les

mêmes conditions et dans les mêmes formes que celles imposées par les articles 329 et 330 aux héritiers de l'enfant légitime (Demol. Pat. et Fil. n° 524). Nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse; mais, dès que l'on admet que le droit de rechercher la filiation naturelle n'est pas une faveur exclusivement accordée à l'enfant et à lui seul, on doit se demander si ce droit peut être exercé contre lui par des tiers intéressés à prouver la filiation naturelle pour obtenir, en vertu de l'article 908, la réduction des libéralités faites par celui que l'on suppose être le père ou la mère naturelle du bénéficiaire.

La doctrine, qui admet la possibilité de cette recherche exercée par des tiers, se fonde sur les considérations suivantes: le texte de l'article 908 est général et l'incapacité qu'il édicte frappe tous les *enfants naturels*, sans distinguer entre ceux qui ont été volontairement reconnus et ceux qui l'ont été judiciairement. C'est donc à leur qualité même que la loi attache cette incapacité, quelle que soit la manière dont cette qualité ait été constatée. L'existence d'une filiation naturelle, voilà la seule condition à laquelle la loi subordonne l'application de l'article 908. Pour invoquer l'incapacité édictée par cet article, la loi ne dit nulle part qu'il faille avoir reçu nominativement le droit de faire constater la filiation naturelle. Toute personne qui a intérêt à se prévaloir de la prohibition de l'article 908 a donc le droit d'agir en vertu de cet article, et par cela même que la loi lui accorde le droit d'agir, elle lui accorde en même temps le droit de prouver le fait auquel est attachée l'existence de ce droit.

Mais est-il même vrai que la loi n'ait pas nominativement accordé aux tiers intéressés le droit de rechercher la filiation naturelle? Bien au contraire, l'article 341, premier alinéa, déclare en termes généraux et absolus que « *la recherche de la maternité est admise* ». Elle est admise sans distinction ; donc la seule condition pour exercer cette action, comme tout autre droit, c'est d'y

avoir légalement intérêt. Sans doute, les deux autres alinéas du même article 341 ne se préoccupent que du cas où c'est l'enfant lui-même *qui réclamera sa mère*; mais c'est l'hypothèse qui a attiré d'abord l'attention du législateur, *lex statuit quod plerumque fit* ; en outre, l'objet de ces deux alinéas est tout à fait secondaire, puisque la loi n'y organise que le mode de preuve à fournir et ne s'y préoccupe nullement des personnes qui sont autorisées à agir. Donc, la forme énonciative sous laquelle sont conçus ces deux derniers alinéas ne peut influer en rien sur le principe général posé dans le premier. — De plus, l'article 340 en fournit une nouvelle preuve, car dans le cas exceptionnel où il permet la recherche de la paternité, celui où il y a eu enlèvement de la mère, il déclare que cette recherche peut être exercée « *par les parties intéressées* ». Or, si la recherche de la paternité peut être exercée par toute personne qui y a intérêt, à plus forte raison doit-il en être de même de la recherche de la maternité que la loi autorise bien plus facilement et avec raison, puisque la preuve de la maternité est bien plus aisée que celle de la paternité.

Enfin, pourquoi refuser aux tiers intéressés le droit de rechercher la filiation naturelle, lorsque l'on accorde ce droit à d'autres personnes? On parle du scandale que soulèvent ces sortes de procès ! Mais le scandale sera le même, quelle que soit la personne qui exerce l'action. On concevrait à la rigueur que la loi, prenant une mesure radicale comme celle de l'article 342, eût interdit d'une manière absolue toute recherche d'une filiation naturelle ; mais il n'en est rien ; donc il ne faut pas dire que la loi a redouté les inconvénients de cette recherche. Le véritable scandale serait celui qui résulterait d'un concert frauduleux intervenant entre la mère et l'enfant pour faire le silence sur des désordres que la loi réprouve et enlever ainsi aux héritiers légitimes tout moyen de demander la réduction de libéralités qui dépouillent la famille. On dit aussi que la loi veut éviter le trouble et le déshonneur qu'un

simple intérêt pécuniaire va jeter dans la famille. Mais on oublie qu'il y a là un enfant, que la notoriété publique désigne le plus souvent comme issu des œuvres d'un homme ou d'une femme qui se garderont bien de le reconnaître pendant leur vie et qui, à leur mort, lui laisseront la totalité de leurs biens. Et la justice serait désarmée devant cette fraude, et la loi qui, par les articles 908 et 757, a voulu protéger l'intérêt de la société et l'honneur du mariage, demeurerait impuissante ! Voilà, n'est-il pas vrai, un système qui blesse profondément la morale et l'honnêteté publiques (En ce sens, Aubry et Rau, t. 6, p. 198 et 197 et n. 6 ; Laurent, t. 4, n° 107).

La jurisprudence et une partie de la doctrine n'ont pas adopté le système que nous venons d'exposer et considèrent que la recherche de la filiation naturelle, introduite uniquement en faveur de l'enfant, ne peut avoir lieu ni contre lui, ni malgré lui. Cette proposition se déduit aisément du texte et des dispositions combinées des articles 340, 341 et 342. D'abord, le premier paragraphe de l'article 341 ne dit nullement que la recherche de la maternité peut être exercée par toute personne intéressée ; pour bien en comprendre toute la portée, il faut se reporter au 1er § de l'article 340, avec lequel il doit être comparé et mis en opposition. Le législateur avait commencé par dire (art. 340) : « *la recherche de la paternité est interdite* » et, en venant à s'occuper de la recherche de la maternité, il débute en déclarant qu'elle est « *admise* ». Cette formule n'a donc d'autre objet que de marquer bien nettement la différence établie par la loi entre les deux actions. Mais à quelles conditions et par quelles personnes sera exercée la recherche de la maternité ? Ce n'est pas l'objet du 1er § de l'article 341, mais des deux suivants. Et qui voyons-nous autorisé à agir ? Sont-ce toutes personnes intéressées ? Nullement. C'est l'enfant, l'enfant seul, « *l'enfant qui réclamera... l'enfant ne sera reçu...* » dit l'article 341, 2° et 3°. Et il est si vrai que le législa-

teur n'avait en vue que l'enfant lui-même comme ayant le droit de rechercher la filiation naturelle que, lorsqu'il en arrive au cas où cette recherche sera prohibée (art. 342), c'est encore à l'enfant seul qu'il songe pour la lui interdire et il ne s'occupe nullement des tiers intéressés, pour cette raison qu'il n'avait pas à retirer un droit à ceux auxquels il n'avait pas été accordé.

Mais, dit-on, aux termes de l'art. 340, les « *parties intéressées* » ont le droit de rechercher la paternité dans le cas exceptionnel où cette recherche est permise ; à plus forte raison, doit-il en être de même de la recherche de la maternité. Nous répondons que cette expression « *parties intéressées* » ne peut pas avoir le sens général et absolu qu'on veut bien lui donner dans le système contraire. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux travaux préparatoires du Code (Locré, t. 6, p. 31, 148 et 153) et l'on y verra que les auteurs de l'art. 340 n'avaient d'abord songé qu'à donner une action en dommages-intérêts à la mère, victime de l'enlèvement, sans accorder à l'enfant le droit de rechercher la paternité. Dans la discussion du projet, on a substitué à l'indemnité proposée l'action en recherche de paternité, mais toujours en n'ayant en vue que l'intérêt de la mère et celui de son enfant. Et, comme cette exception à la règle de l'art. 340 était introduite en faveur d'une mineure victime d'un rapt et qui le plus souvent se trouvera, en fait, dans l'impuissance d'agir contre son séducteur, il fallait bien donner à ceux qui la représentent légalement le droit de sauvegarder son honneur, ses intérêts et ceux de son enfant ; c'est pourquoi on s'est servi de l'expression « *parties intéressées* » qui à première vue, paraît générale, mais qui, d'après la pensée évidente des rédacteurs du Code, ne peut s'appliquer aux tiers. Ce n'est donc pas à eux que la loi accorde le droit de faire constater la filiation naturelle, mais seulement, dans les hypothèses des art. 340 et 341, aux père et mère et à l'enfant. Les père et mère peuvent le faire, ils ont même le devoir de le faire, et l'art.

334 leur fournit le moyen de s'acquitter de cette obligation morale par une reconnaissance volontaire. S'ils manquent à ce devoir et délaissent leur enfant, celui-ci a le droit corrélatif de le leur imposer et par une recherche judiciaire d'arriver à la constatation légale de son état. Mais quelle que soit la voie suivie, les tiers n'ont qu'un seul droit, celui que leur accorde l'art. 339, c'est-à-dire de contester soit la reconnaissance émanant du père ou de la mère, soit la réclamation intentée par l'enfant.

Nos adversaires insistent en disant que la loi n'avait pas à accorder nominativement aux tiers intéressés le droit de faire constater la filiation naturelle ; il suffit que l'art. 908 déclare incapables tous *enfants naturels* sans distinction, pour que toutes personnes, intéressées à se prévaloir de cette incapacité, puissent invoquer le droit conféré par l'art. 908 et établir, suivant les moyens légaux, le fait auquel l'exercice de ce droit est subordonné. L'objection est plus spécieuse que réelle, car n'est-il pas évident que le législateur, dans l'art. 908 comme dans les art. 756 et suiv., n'a en vue que les enfants naturels reconnus comme tels et qu'il se refère virtuellement aux dispositions qui ont spécialement pour objet les modes légaux de constater la filiation.

Enfin les considérations générales, tirées par la doctrine adverse de la nécessité de protéger la famille légitime et d'honorer le mariage, sont loin d'être décisives. D'abord remarquons que l'objection dépasse le but que l'on se propose ; en effet, la loi ne défend-elle pas de constater la filiation des enfants adultérins ou incestueux (art. 335 et 342) ; ceux-ci peuvent donc recevoir de leurs père et mère des libéralités universelles, quel qu'en soit le chiffre ; ne pourra-on pas dire alors que la loi, en édictant cette prohibition, porte atteinte aux intérêts de la famille et de la société? Mais la loi n'a jamais considéré l'enfant naturel comme ayant un avantage à ne pas être reconnu ; elle voit, au contraire, une déchéance dans la situation de l'enfant non reconnu, une peine

destinée à frapper autant les père et mère que l'enfant lui-même. En effet, l'enfant non reconnu n'aura pas d'état civil, il ne pourra porter le nom de son auteur, il ne pourra prétendre à aucun droit dans sa succession *ab intestat*, enfin il ne pourra invoquer de droit à une réserve. Ne sont-ce pas là de réels inconvénients, et l'enfant y trouvera-t-il une compensation suffisante dans l'espérance éventuelle d'une libéralité, espérance qui peut parfaitement ne pas se réaliser ? C'est ce que la loi n'a pas pensé ; aussi elle n'a pas redouté les calculs intéressés qui pourraient s'établir entre l'enfant et son auteur dans le but de violer l'article 908 ; ou du moins si la loi a vu là un danger, elle n'a pas cru qu'il pût être comparé au danger qu'il y aurait à livrer le repos de la famille à l'avidité des tiers et à permettre à des collatéraux, n'obéissant qu'à un intérêt purement pécuniaire, de venir dévoiler les fautes que l'enfant et ses auteurs ont voulu ensevelir dans le silence et l'oubli (En ce sens, Demol., Pat. et Fil., n° 527 ; Cass. req., 3 févr. 1851; Sir. 51, 1, 225; Caen, 1er mars 1860; Sir. 61, 2, 186; Rouen, 7 juill. 1871; Sir. 73, 2, 142 ; Nancy, 17 nov. 1877; Sir. 78, 2, 315).

Si, comme nous le pensons, les héritiers légitimes ou les tiers intéressés ne sont pas admis à rechercher la filiation naturelle pour faire réduire les libéralités consenties au profit de celui qu'ils prétendent être l'enfant naturel du disposant, ils ne le sont pas davantage dans le but d'invoquer une présomption légale d'interposition de personnes. Ainsi ils ne pourraient pas prétendre que le donataire ou le légataire est l'enfant naturel non reconnu d'un incapable, par exemple d'un tuteur ou d'un médecin, et demander la constatation judiciaire de cette filiation, afin d'arriver à faire annuler la libéralité comme faite par personne interposée (art. 911). Ils ne pourraient pas non plus soutenir que la libéralité est faite à la mère d'un enfant naturel reconnu par le disposant et demander à prouver la filiation naturelle à l'égard de la mère, pour

faire ensuite considérer la bénéficiaire comme personne interposée entre le disposant et son enfant naturel. En d'autres termes, la recherche de la filiation naturelle par les tiers intéressés ne peut pas plus servir à l'application de l'article 911 qu'à celle de l'article 908.

VI. — *Combinaison de l'article* 908 *avec l'article* 337. — Aux termes de l'article 337, la reconnaissance faite durant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel simple, qu'il aurait eu d'un autre que de son conjoint, ne peut nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés du mariage. L'enfant naturel, qui a été l'objet de cette reconnaissance tardive, ne peut certainement exercer dans la succession *ab intestat* aucun droit de nature à porter atteinte aux droits des enfants légitimes. Pas de doute possible sur ce point. Il ne peut pas davantage nuire aux droits du conjoint dans la succession *ab intestat*. Cette question a été l'objet de vives discussions, à cause de l'espèce d'antinomie qui existe entre le premier et le second paragraphe de l'article 337 ; mais on décide généralement que la rédaction incomplète du second paragraphe n'est que le développement du principe posé dans le premier et que ce second alinéa ne peut pas avoir pour effet de déroger au premier ni même d'en neutraliser la portée. En conséquence, si le conjoint est appelé à recueillir la succession *ab intestat* à défaut soit d'héritiers légitimes, soit d'autres enfants naturels dont la reconnaissance ne soit pas contemporaine du mariage, sa vocation en qualité de successeur irrégulier doit l'emporter sur celle de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage (En ce sens, Marcadé sur l'article 337, n° 2 ; Demol. Pat. et Fil. n° 475 ; Aubry et Rau, t. 6. p. 184, n. 7 ; Laurent, t. 4, n° 132 ; M. Labbé, Sirey 1878, 1, 337, note).

S'il en est ainsi dans la succession *ab intestat*, en sera-t-il de même dans la succession testamentaire ou contractuelle ? En d'autres termes, doit-on combiner l'article 908 avec l'article 337

et peut-on tenir le raisonnement suivant : l'enfant naturel tardivement reconnu ne peut élever aucune prétention dans la succession *ab intestat* à l'encontre des droits des enfants légitimes et de ceux du conjoint ; or, aux termes de l'article 908, il ne peut pas plus recevoir dans la succession testamentaire que dans la succession *ab intestat* ; donc toute libéralité qui lui serait faite doit être déclarée nulle, en tant que nuisant aux enfants légitimes ou au conjoint. Pour mieux embrasser la difficulté, supposons d'abord que l'enfant naturel se trouve en présence d'enfants légitimes nés du mariage, nous examinerons ensuite l'hypothèse où le conflit éclate entre lui et le conjoint du parent qui l'a reconnu.

Ainsi le père meurt laissant des enfants légitimes et un enfant naturel reconnu pendant son mariage. Il conserve aux enfants légitimes leur réserve intacte et il lègue à l'enfant naturel tout ou partie de la quotité disponible. Ce legs sera-t-il maintenu ? On serait tenté de dire que cette libéralité ne nuit pas aux enfants légitimes et que, par suite, l'article 337 n'est pas applicable. Elle ne leur nuit pas, puisque le père pouvait léguer son disponible à un étranger et que les enfants légitimes n'auraient pas eu à se plaindre ; ne peut-il traiter son enfant naturel comme il traiterait un étranger ? La réponse est qu'il ne peut pas. La loi n'a rien à redouter des libéralités faites à un étranger ; elle a, au contraire, tout à craindre des entraînements qu'une tendresse aveugle pour l'enfant naturel peut inspirer au disposant. Il n'est pas vrai de dire que la libéralité prise sur le disponible au profit de l'enfant naturel ne nuit pas aux enfants légitimes ; ceux-ci sont appelés non pas à la réserve, mais à la totalité de l'hérédité, y compris le disponible ; or, quand l'enfant naturel vient leur enlever une part quelconque de cette hérédité, il leur nuit et l'article 337 dit précisément qu'il ne le peut pas. Donc, dans le cas prévu par l'article 337, l'enfant naturel n'a pas plus de

droit à exercer dans la succession testamentaire que dans la succession *ab intestat* et l'article 908 lui est applicable (Poitiers, 5 mai 1858; Sir. 58, 2, 428).

Mais la difficulté augmente si, au lieu de supposer l'enfant naturel en présence d'enfants légitimes, on se place dans l'hypothèse où la libéralité faite à l'enfant naturel nuirait directement au conjoint. Par exemple, le *de cujus*, laissant des enfants légitimes auxquels il conserve leur réserve intacte, a légué la quotité disponible à son conjoint, à la charge par ce dernier d'acquitter un legs particulier au profit de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage. C'est précisément l'espèce sur laquelle la Cour de Poitiers a eu à se prononcer et elle a décidé que le legs ainsi fait à l'enfant naturel ne peut lui profiter. On peut encore supposer ou bien que le conjoint est appelé par la loi à recueillir l'hérédité à défaut d'héritiers au dégré successible, ou bien qu'il a été institué légataire universel en l'absence d'héritiers réservataires et que, dans l'un et l'autre cas, le *de cujus* a fait un legs au profit de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage. Si ce legs est exécuté, il diminue d'autant les droits que le conjoint tient soit de la loi, soit de la volonté du défunt; en conséquence on se demande si, en vertu des articles 337 et 908 combinés, les intéressés peuvent invoquer la nullité du legs fait à l'enfant naturel.

La Cour de Cassation, par un arrêt du 28 mai 1878, Sir. 79, 1. 337, confirmant un arrêt de la Cour de Nîmes, a maintenu le legs ainsi fait à l'enfant naturel et dont l'exécution devait préjudicier au conjoint. Cette doctrine se prévaut des arguments suivants ; d'abord on dit : pourquoi vouloir combiner l'art. 908 avec l'art. 337 ; l'art. 908 renvoie au titre des successions, mais non pas au titre *de la paternité et de la filiation* où se trouve placé l'article 337 ; or il s'agit ici de prononcer une incapacité, l'interprétation de la loi n'est donc pas susceptible d'extension. En second lieu, quand l'article 337 déclare que la reconnaissance ne peut pro-

duire d'effets nuisibles pour les enfants légitimes et le conjoint, cela signifie simplement que l'enfant naturel n'a aucun droit dans la succession, mais la loi ne va pas jusqu'à dire que la volonté du défunt soit impuissante à créer un droit en sa faveur et à lui accorder sur le disponible une part qu'il recueillera, non pas comme enfant, mais au même titre qu'un étranger. Et même, dans ce cas, la reconnaissance produira un effet, puisqu'elle permettra aux enfants légitimes de faire réduire dans les limites des articles 757 et suivants la libéralité faite à l'enfant naturel ; elle aura encore cet autre effet que le conjoint pourra conserver tout entière la libéralité qui lui aura été faite, sans avoir à supporter une réduction pour assurer la réserve de l'enfant naturel. Enfin, ajoute-t-on, l'article 337 a pour objet de prohiber la reconnaissance de l'enfant naturel pendant le mariage ; si néanmoins cette reconnaissance se produit, elle est comme non avenue à l'égard du conjoint et des enfants issus du mariage. L'enfant qui en a été l'objet est donc pour ces personnes comme s'il n'existait pas, il est étranger au *de cujus*. La situation est la même que si un enfant adultérin ou incestueux avait été l'objet d'une reconnaissance que la loi prohibe ; cette reconnaissance entachée d'une nullité radicale ne lui donnerait aucun droit dans la succession *ab intestat*, mais elle ne l'empêcherait pas de recueillir comme étranger et dans les limites de la quotité disponible les libéralités que lui ferait son auteur. Il doit en être de même pour l'enfant naturel, tardivement reconnu, il est vrai, mais dont la condition ne peut pas être pire que celle d'un enfant adultérin ou incestueux ; si les personnes autorisées à se prévaloir de l'article 337 repoussent la reconnaissance pour écarter l'enfant naturel de la succession *ab intestat*, elles ne peuvent pas invoquer la même reconnaissance pour en faire résulter une incapacité. Étranger au *de cujus*, l'enfant naturel doit l'être sous tous les rapports ; on ne peut pas diviser contre lui ce qui est un et indivisible ; en consé-

quence il doit être capable de recevoir comme le serait un étranger.

Il n'est pas impossible de répondre à ces différents arguments. D'abord il est bien vrai que l'article 908 ne rappelle pas spécialement l'article 337, mais l'article 908 renvoie au titre des successions ; or la loi des successions doit être interprétée et combinée avec l'article 337, lequel, en réalité, contient une véritable règle de succession. Dans la pensée des rédacteurs du Code, l'article 337 était destiné à trancher une question particulière pour n'avoir pas à y revenir plus tard, et modifiait par avance et pour un cas spécial, la loi qui devait ultérieurement régler les droits successifs des enfants naturels. Il est donc bien évident que l'article 908, en renvoyant à la loi des successions, renvoie à l'article 337, sinon d'une manière expresse, au moins virtuellement. En second lieu, quand on prétend que le rédacteur de l'article 337 s'est borné à refuser à l'enfant naturel des droits dans la succession *ab intestat*, mais n'a nullement défendu au *de cujus* de lui faire des libéralités dans la limite du disponible comme s'il s'agissait d'un étranger, on perd de vue le but poursuivi par le législateur dans l'article 337. On oublie que ce que la loi veut, c'est protéger la famille légitime ; Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs, disait : « Il ne peut dépendre de l'un des époux de changer après son mariage le sort de la famille légitime, en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens ; ce serait violer la loi sous laquelle le mariage a été contracté ». Voilà sous l'inspiration de quelles idées le législateur a déclaré la reconnaissance tardive dénuée d'effet à l'égard des enfants légitimes et du conjoint. Et l'on voudrait que l'auteur de cette reconnaissance, considérée par la loi elle-même comme un manque de foi, pût, par sa propre volonté, rendre à l'enfant naturel ce que la loi lui retire ! Le père ne pourrait pas nuire à la famille légitime en faisant une reconnais-

sance d'enfant naturel, mais il arriverait au même résultat en faisant une donation ou un legs, de sorte que la disposition de l'article 337 serait à peu près sans effet ! Est-il possible que la loi ait permis de tourner aussi facilement le sens de l'une de ses dispositions les plus formelles ? L'article 337 atteint, il est vrai, l'enfant naturel, mais en réalité il édicte une pénalité destinée à frapper indirectement l'auteur de la reconnaissance. Comme le dit la Cour de Poitiers, « la loi frappe dans l'enfant l'immoralité du père », et ce dernier pourrait s'affranchir ainsi de lui-même d'une peine qui réellement n'est dirigée que contre lui ! Cela n'est pas possible, et, si l'on cherche dans la loi autre chose qu'une œuvre incomplète et illogique, on est forcé de combiner l'article 337 avec l'article 908 ; sinon, on fait à l'enfant naturel, reconnu pendant le mariage, la même situation que s'il avait été reconnu antérieurement.

Enfin, quand on compare la reconnaissance d'un enfant naturel simple ,survenue pendant le mariage, à la reconnaissance d'une filiation adultérine ou incestueuse, on oublie que, s'il y a une certaine analogie entre les deux cas, il n'y a certes pas identité. La reconnaissance d'un enfant adultérin est absolument nulle, elle ne peut produire aucun effet ; au contraire, celle d'un enfant naturel reconnu pendant le mariage n'en subsiste pas moins comme telle et avec toute la force probante que la loi attache à une reconnaissance régulièrement faite ; seulement les effets en sont restreints et ne peuvent préjudicier aux intérêts pécuniaires du conjoint et des enfants issus du mariage ; ainsi, l'enfant portera le nom de l'époux qui l'a reconnu ; pendant sa minorité, il sera placé sous sa puissance ; il pourra même, suivant certains auteurs, en exiger des aliments. On voit donc que la reconnaissance, prévue par l'article 337, n'est pas, comme on le prétend, dénuée de tout effet et qu'il n'est pas exact de comparer l'enfant naturel qui en a été l'objet à un enfant adultérin, pour arriver à

conclure qu'il est absolument étranger au *de cujus* et que, comme un étranger, il peut en recevoir toute espèce de libéralité. Si on voulait assimiler complètement la reconnaissance d'un enfant naturel pendant le mariage à la reconnaissance d'un enfant adultérin, on ferait à l'enfant reconnu pendant le mariage une situation non-seulement équivalente à celle que lui aurait procurée une reconnaissance antérieure, mais même une situation bien meilleure, puisque, si sa reconnaiseance est nulle comme celle d'un enfant adultérin, il pourra recevoir toute la quotité disponible, tandis que, reconnu avant le mariage, il n'aurait pu recevoir que la part déterminée par les articles 757 et suiv. L'article 337, dont le but incontestable est de restreindre la capacité de l'enfant naturel, n'aurait ainsi pour résultat que d'accorder une capacité plus étendue que celle dont il jouirait, s'il avait été reconnu avant le mariage. De telles conséquences condamnent elles-mêmes le système dont elles se déduisent naturellement.

Ces raisons nous paraissent décisives et suffisantes pour interdire à l'auteur de la reconnaissance tardive la faculté de réparer par des libéralités le préjudice que cause à l'enfant naturel l'application de l'article 337. On insiste néanmoins et l'on essaie d'établir une distinction qui aurait pour effet de faire disparaître la contradiction apparente qui existe entre les deux paragraphes de l'article 337. Suivant les uns, l'article 337 a pour objet de sauvegarder seulement les droits que le conjoint tient de la loi ou de ses conventions matrimoniales, mais nullement les avantages que l'auteur de la reconnaissance lui aurait faits pendant le mariage, soit par donation entre-vifs, soit par testament (Demol. Pat. et Fil., n°s 475 et 476). Suivant d'autres, le conjoint conserverait intacts tous les droits qui lui sont irrévocablement acquis pendant le mariage, tels sont ceux qui résultent de son contrat de mariage ; mais il ne conserverait que ceux-là ; c'est dans cette limite, dit-on, qu'il est protégé par l'article 337 contre l'effet d'une recon-

naissance tardive et déloyale, mais une telle reconnaissance fera tomber toutes les libéralités révocables qui lui auront été consenties et tous les droits éventuels qui ne doivent s'ouvrir qu'à la dissolution du mariage ; en conséquence, il ne pourra se prévaloir contre l'enfant naturel ni des donations postérieures à la célébration du mariage, ni des legs, ni même de sa vocation héréditaire à titre de successeur irrégulier. Car, dit-on, quant aux libéralités, le conjoint n'a pas dû y compter, puisqu'elles étaient toujours révocables et on ne peut pas prétendre que leur révocation viole la foi sous laquelle le mariage a été contracté, puisque l'auteur de la reconnaissance aurait pu ne pas les consentir. Quant à la vocation successorale du conjoint, elle est tellement exceptionnelle, tant de causes peuvent la faire tomber ,qu'on peut affirmer sans crainte que cette éventualité n'a dû entrer dans les prévisions ni des parties ni du rédacteur de l'article 337 (Voir en ce sens le rapport de M. Connelly sur lequel a été rendu l'arrêt de Cassation du 28 mai 1878, Sir. 79, 1, 337). Dans l'un et l'autre de ces deux systèmes, on en arrive à conclure que l'enfant naturel tardivement reconnu peut invoquer sa réserve contre le conjoint et faire réduire les libéralités qui auraient été faites à ce dernier. Certains auteurs vont même plus loin et décident que, dans le cas où le conjoint n'a d'autres droits que ceux qu'il tient d'un legs universel fait à son profit, l'enfant naturel non-seulement peut réclamer sa réserve, mais peut recevoir par libéralité de son auteur tout ce qu'il aurait pu en recevoir s'il avait été reconnu antérieurement au mariage ; car alors, dit-on, la libéralité faite à l'enfant naturel ne préjudicie pas à l'époux, l'enfant naturel nuit non pas au conjoint, mais au donataire ou légataire, ce qui n'est pas la même chose ; on ne se trouve plus dans l'hypothèse prévue par l'article 337, lequel ne protège que l'époux, on rentre sous l'application des articles 908, 757 et suiv. (Laurent, t. 11, n° 364).

Il nous paraît que les diverses explications proposées pour concilier le sens des deux paragraphes de l'article 337 ne tendent qu'à détruire et méconnaître la disposition très claire du 1er paragraphe, lequel dit formellement que la reconnaissance tardive ne peut nuire au conjoint. Pourquoi alors distinguer et prétendre que, si l'enfant naturel nuit à l'époux donataire ou légataire, il ne nuit pas au conjoint. Peu importe que les donations postérieures au mariage, ou les legs, ou même la vocation successorale ne constituent pour l'époux qu'un droit éventuel, il n'en est pas moins vrai que, quel qu'il soit, ce droit lui est enlevé, du moins en partie, par la reconnaissance tardive ; donc cette reconnaissance lui nuit et l'article 337 s'y oppose. Qu'on ne dise pas non plus que le fait de la reconnaissance est une révocation tacite des libéralités faites au conjoint, car ce serait encore là un moyen de faire produire à cette reconnaissance un effet contre le conjoint, contrairement à l'article 337-1°. M. Laurent lui-même, que l'on s'étonne de rencontrer (t. 11, n° 364), parmi les adversaires de cette doctrine, n'a-t-il pas écrit (t. 4, n° 132) : « A moins de faire une distinction là où la loi ne distingue pas, il faut appliquer l'article 337 à tous les cas où le conjoint a un droit sur l'hérédité, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une libéralité, peu importe qu'elle soit révocable ou irrévocable. » La même distinction est repoussée également par M. Labbé, dans le remarquable article qu'il publie sur l'arrêt du 28 mai 1878, Sir. 79, 1, 337. « Si l'époux perd en partie, par l'effet de la reconnaissance tardive, le bénéfice de donations ou de legs que lui a fait durant le mariage l'auteur de la reconnaissance, peut-on dire que la reconnaissance ne nuise pas à l'époux? Si dans le conflit entre le conjoint légitime et l'enfant naturel pour la succession *ab intestat*, l'enfant naturel l'emporte et écarte le conjoint, peut-on dire que celui-ci ne soit pas lésé, blessé dans les droits qu'il a en qualité de conjoint? Les droits que le conjoint exerce sur la

fortune de son époux décédé, qu'ils dérivent du contrat de mariage, ou d'un acte postérieur, ou de la loi, s'ouvrent tous également à la dissolution du marige ; ce sont des gains de survie. Le germe de la distinction entre les droits irrévocables et les droits révocables ou éventuels jusqu'au décès est-il dans l'article 337 ? Nullement. »

Puisque la loi n'a pas distingué, concluons donc que la reconnaissance tardive de l'enfant naturel ne peut en aucun cas préjudicier aux droits du conjoint ; nous ne distinguerons pas d'une part entre le cas où l'enfant naturel se présenterait lui-même comme donataire ou légataire, et le cas où il exciperait de sa qualité soit pour exclure le conjoint de la succession irrégulière, soit pour exercer son droit de réserve à l'encontre des libéralités faites à l'époux légitime. D'autre part, nous accorderons la protection de l'article 337 à tous les droits du conjoint, qu'il les tienne de la loi ou de la volonté du *de cujus*, qu'ils soient révocables ou irrévocables, qu'ils aient pris naissance antérieurement ou postérieurement à la reconnaissance. En un mot, nous pensons que, pour assurer l'efficacité de cette protection, le législateur a fait de l'article 908 le complément et la sanction nécessaire de l'article 337, ainsi que de toutes les mesures prohibitives prises à l'égard des enfants naturels, et en conséquence le règlement des droits successifs établi par la loi doit s'imposer à la volonté du *de cujus*, et l'article 337 être combiné avec l'article 908.

VII. — *Effets de la prohibition de l'article* 908. — Nous savons que l'article 908 engendre non pas une action en nullité, mais une simple action en réduction, laquelle ne peut être exercée qu'au décès du disposant. C'est, en effet, à cette époque seulement qu'il est possible de savoir si l'article 908 doit, ou non, recevoir son application, puisque le *de cujus* peut ne pas laisser de parents légitimes au degré successible (art. 758) et, dans le cas où l'article 908 est applicable, c'est encore à la même époque

qu'on pourra connaître si les libéralités faites à l'enfant naturel excèdent, ou non, la portion fixée par les articles 757 et 762.

Mais de ce qu'il faille attendre la mort du disposant pour appliquer à l'enfant naturel l'incapacité édictée contre lui par l'article 908, il n'en faudrait pas conclure que, si l'enfant naturel ou ses représentants ne venaient pas à la succession par suite soit de leur prédécès, soit de leur renonciation ou de leur indignité, la libéralité qui leur a été antérieurement consentie devrait être déclarée entièrement nulle. Ce serait établir pour les dispositions à titre gratuit une cause de nullité qui n'est nullement écrite dans la loi. Qu'il soit donataire ou légataire, l'enfant naturel peut se contenter de cette seule qualité et renoncer à la succession *ab intestat*. S'il accepte la succession, il devra imputer sur la part qu'il a droit de prétendre ce qu'il a reçu soit par donation entre-vifs, soit par testament. S'il renonce à la succession, il conservera la donation ou recueillera son legs, mais dans la limite seulement de ce qu'il aurait reçu dans la succession *ab intestat*. Si la donation ou le legs excèdent cette limite, ils devront donc y être réduits.

Comme on le voit, la succession organisée par les articles 757 et suivants est la limite *maxima* imposée par l'article 908 à la générosité des parents naturels ; mais, d'autre part, la volonté du disposant est contenue par une limite *minima*, car la loi assure à l'enfant naturel une réserve ou du moins certains avantages dans les conditions déterminées par l'article 761. Toutefois, dans la pratique, la détermination de ces limites *minima* et *maxima* peut présenter certaines difficultés. Ainsi, on s'est demandé si les père et mère ne pourraient pas, dans un acte de libéralité, déclarer que les biens par eux donnés entre-vifs devront être réunis fictivement aux biens existants dans leur succession, pour que la part de l'enfant naturel soit calculée sur cette masse totale. Il est évident que cette déclaration faite par les père et mère naturels ne peut produire son effet, car la part de l'enfant doit se calculer

sur les biens qui appartiennent au disposant lors de son décès : or, les biens donnés entre-vifs ont cessé d'appartenir au disposant, et il n'est pas en son pouvoir de faire rentrer dans sa succession, même fictivement, des biens dont il s'est dépouillé irrévocablement. N'étant plus dans sa succession, ces biens ne peuvent donc pas compter pour le calcul de la part de l'enfant : cette déclaration des père et mère, si elle était valable, aurait pour résultat de donner à l'enfant plus qu'il ne lui est attribué dans la succession *ab intestat* et l'article 908 s'y oppose. Le seul cas où l'enfant pourrait demander cette réunion fictive, c'est celui où il prétendrait que sa réserve a été entamée par les libéralités du *de cujus* ; alors il exercerait le droit que l'article 920 accorde à tous les réservataires, au nombre desquels se trouve l'enfant naturel, puisque ses droits sont moins étendus, il est vrai, mais de même nature que ceux de l'enfant légitime (En ce sens, Orléans, 7 janvier 1860, Sir. 60, 2, 225).

Les père et mère naturels peuvent encore par d'autres combinaisons chercher à se soustraire à la rigueur de l'art. 908. Supposons avec M. Demolombe (Don., t. 1, n° 553 ter) que le père, en faisant à un étranger un legs que nous supposons être de la moitié de tous ses biens, ait déclaré que ce legs ne devait en rien diminuer la part de l'enfant naturel, mais être prélevé uniquement sur la portion des frères et sœurs, les seuls héritiers qu'il laisse dans sa famille légitime. Cette manifestation de volonté du disposant peut-elle produire son effet ? Non, répond-on ; il s'agit, en effet, de savoir non pas tant ce qu'a voulu faire le disposant, que ce que la loi lui permettait de faire ; or la loi lui défend de donner ou léguer à son enfant naturel une part plus forte que celle que ce dernier aurait recueillie dans la succession *ab intestat,* si aucune libéralité n'avait été faite à son profit. Il faut donc supposer, pour déterminer la part de l'enfant naturel, qu'aucune libéralité ni déclaration quelconque d'une intention libérale

n'a été faite en sa faveur. Qu'aurait-il donc recueilli dans la succession *ab intestat* ? La moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime ; or une première moitié étant déjà prélevée par le légataire étranger, un enfant légitime n'aurait pu prétendre qu'à l'autre moitié et l'enfant naturel n'aura que la moitié de cette autre moitié, c'est-à-dire un quart ; l'autre quart sera recueilli par les frères et sœurs. L'enfant naturel a ainsi sa réserve, il n'a rien à réclamer de plus. On pourra objecter qu'en lui assurant par sa déclaration la moitié de la succession, le disposant n'a pas excédé les bornes imposées à sa volonté par les art. 757 et 908, puisque le bénéficiaire ne reçoit que la moitié qui lui est accordée par l'article 757, lorsque dans la succession *ab intestat* il se trouve en concours avec des frères et sœurs légitimes. On répond que, pour que l'enfant naturel eût droit à la moitié, il aurait fallu que le père ne fit pas de libéralités diminuant son patrimoine, mais que sa succession étant diminuée par toutes les dettes, charges ou legs laissés par le *de cujus*, la part revenant à l'enfant naturel en est diminuée dans la même proportion. L'imputation du legs fait à un étranger sur la part revenant aux parents légitimes n'aurait d'autre résultat, si elle était permise, que de rompre cette espèce d'égalité que la loi a sagement établie, pour honorer le mariage, entre l'enfant naturel et les parents légitimes. La loi a voulu punir le père, en l'empêchant de disposer au profit de son enfant naturel, tout en dépouillant sa famille. Qu'il choisisse donc : s'il entend donner à son enfant naturel toute la part à laquelle il a droit, il ne pourra rien prendre sur la portion des parents légitimes ; si, au contraire il veut diminuer la part de ces derniers, il devra également réduire la part de l'enfant naturel (En ce sens, Demol. don., t. 1, n° 554 ter ; Sirey 1859, 1, 881, en note).

Ce système ne tend à rien moins qu'à créer au profit des collatéraux en concours avec l'enfant naturel un droit de réserve que la loi n'a établi nulle part ; il conduit, en outre, à cette consé-

quence exorbitante que les père et mère naturels qui auraient des sujets de mécontentement contre leurs héritiers légitimes et voudraient les exhéréder, ne pourraient le faire sans réduire en même temps la part attribuée par la loi à leur enfant naturel. Qu'on ne dise pas avec Troplong, n° 634, que le testateur, qui pourrait exclure entièrement les collatéraux au profit d'un étranger, ne peut les dépouiller par des libéralités excessives faites à l'enfant naturel. Ce n'est pas là précisément ce que dit la loi : elle permet d'abord d'exclure les collatéraux, ce point est certain, et elle ne se préoccupe pas autrement de la personne qui recueillera leur part successive ; en second lieu, elle fixe à la quotité des articles 757 et suivants le *maximum* des droits de l'enfant naturel. Or ce *maximum* est-il dépassé ? Toute la question est là. Il ne l'est pas, puisque l'enfant naturel n'obtiendra précisément, dans notre espèce, que la moitié qui lui est attribuée par la loi. On nous objecte que cette moitié doit être réduite, puisque la succession est diminuée par le prélèvement du legs fait à un étranger. Nous répondons que cette réduction de la part de l'enfant naturel ne peut avoir lieu que par application des règles sur la quotité disponible, au titre des *Donations et Testaments* ; or, l'article 908 fixe la part de l'enfant naturel d'après les règles contenues au titre *des Successions*, mais il ne se réfère nullement au titre *des Donations et Testaments* et aux diverses combinaisons qui pourraient être adoptées par le disposant pour faire arriver à des étrangers une partie de sa succession. Cet argument de texte a bien sa valeur ; il ne faut pas oublier que nous sommes en matière d'incapacité et, par conséquent, obligé de nous en tenir à la stricte interprétation de la loi (Voir Sirey 1859, 1, 883, en note). Après tout, la déclaration du disposant qu'il entend que le legs par lui fait à un étranger soit d'abord imputé sur la portion des héritiers légitimes n'équivaut-elle pas au legs que le *de cujus* pourrait faire à l'enfant naturel de sa part dans la succession *ab*

intestat? En effet, si au lieu de déclarer que les libéralités faites à un étranger devront laisser subsister intacte la moitié qui revient à l'enfant naturel dans la succession *ab intestat*, le disposant avait légué directement cette même moitié à son enfant naturel et l'autre moitié à un étranger, est-ce que le résultat ne serait pas le même pour l'enfant comme pour les héritiers légitimes? Et pourrait-on prétendre que le legs fait à l'enfant naturel de sa part héréditaire est excessif et que les frères et sœurs seront admis à réclamer un quart sur la part de l'enfant? La jurisprudence ne l'a pas pensé ainsi et avec raison, croyons-nous (En ce sens, Paris, 11 févr. 1836 ; Sir. 36, 2, 406 et Cass. 14 mars 1837 ; Sir. 31, 1, 314 ; Cass. 29 nov. 1825 ; Sir. C. N., 25, 1, 226).

En effet, dans l'hypothèse que nous examinons, le testateur avait le droit d'écarter complètement ses frères et sœurs, puisqu'ils n'étaient pas réservataires et, bien loin de transgresser la prohibition de l'article 908, il ne fait qu'assurer à l'enfant naturel la portion qui lui est dévolue au titre *des Successions*, et il ne la dépasse pas. Comme le dit la Cour de Paris, « c'est aux dispositions de l'article 757 qu'il faut se reporter pour fixer la proportion à laquelle sont restreintes les libéralités en faveur de l'enfant naturel, et non à l'article 913, compris sous le titre *des Donations* et qui ne peut avoir d'application que dans le cas de concours entre les donataires ou légataires et des héritiers à réserve. » Et la Cour ajoute : « Aucune disposition de la loi n'empêche le testateur, qui a manifesté l'intention d'assurer à son fils naturel l'intégralité des droits que l'article 757 lui accorde, de disposer ensuite du reste de ses biens au profit d'un étranger. » Enfin, notons avec le rapport présenté à la Cour de Cassation par M. le conseiller Félix Faure qu'il serait « bizarre que le testateur pût disposer, sans difficulté, de la totalité de sa fortune au profit d'un étranger, sans que les héritiers autres que ceux à réserve pussent demander la réduction de ces dispositions, tandis qu'une dispo-

sition au profit de son enfant naturel, *dans les limites de la quotité fixée par la loi*, autoriserait les héritiers collatéraux à faire réduire cette quotité. »

La difficulté que nous venons d'examiner ne peut se présenter qu'autant que le legs fait à un étranger est un legs particulier ou à titre universel ; car il est évident que si cet étranger est un légataire universel, les héritiers collatéraux ne peuvent soulever aucune prétention : dans ce cas, l'enfant naturel ne pourra réclamer que sa réserve, laquelle sera calculée comme si les collatéraux n'étaient pas exclus de la succession par le legs universel. Mais on peut supposer que l'enfant naturel a reçu du *de cujus*, par disposition expresse, soit donation entre-vifs, soit legs, une part supérieure à sa réserve. Dans cette hypothèse, le légataire universel devra respecter la libéralité faite à l'enfant naturel jusqu'à concurrence de la portion déterminée par les articles 757 et suivants. Ce n'est qu'autant que cette portion serait dépassée par la libéralité, que le légataire universel pourra exercer son action en réduction, en vertu de l'article 908, action qu'il exerce, comme nous l'avons vu précédemment, aux lieu et place des héritiers légitimes.

CHAPITRE III. — INCAPACITÉ DES MÉDECINS ET MINISTRES DU CULTE (art. 909).

Aux termes de l'article 909, « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte. »

A cette règle, il est apporté par la loi elle-même deux exceptions sur lesquelles nous reviendrons, après avoir étudié le caractère et l'étendue de la prohibition principale, ainsi que les motifs qui l'ont inspirée.

I. *Motifs de la prohibition.* — Dans l'article 909, comme dans les articles 907 et 908, il s'agit d'une incapacité relative qui n'existe que dans les rapports de certaines personnes déterminées les unes à l'égard des autres. Comme elle a protégé le mineur contre l'influence de son tuteur, la loi protège le malade dont l'esprit affaibli est présumé incapable de résister à l'ascendant exercé sur lui par ceux qui lui apportent les secours de la médecine ou de la religion. Le législateur ne va pas jusqu'à présumer que la libéralité faite au médecin ou au ministre du culte est le résultat d'un abus d'influence, il ne fait pas l'injure d'un tel soupçon à des hommes dont, pour la plupart, la mission auprès du malade est toute de dévouement et de sacrifice. Mais il lui suffit que l'abus soit possible pour qu'il le prévienne ; le plus souvent même, le médecin ou le ministre du culte n'auront pas conscience de l'ascendant qu'ils exercent sur le malade, peu importe ; d'une part, la loi veut sauvegarder leur dignité professionnelle, d'autre part elle se méfie des faiblesses du malade et des actes de générosité qui, par cela seul qu'ils sont consentis au profit de cet ami de la dernière heure, laissent craindre que la volonté du disposant n'ait été viciée et qui, quand bien même ils auraient été faits spontanément, n'en seraient pas moins fâcheux au point de vue des intérêts de la famille. Ainsi donc, sauvegarde de la dignité du médecin ou du ministre du culte, défiance contre les faiblesses du malade, protection des droits de la famille : voilà, croyons-nous, la triple pensée qui a dicté la disposition de l'article 909.

II. *Nature de la présomption édictée par l'article* 909. — Quels que soient d'ailleurs les motifs qui ont inspiré l'incapacité établie par l'article 909, ce qui ne fait pas doute c'est que la pro-

hibition de la loi repose sur une présomption de suggestion ou de captation, présomption sur le fondement de laquelle la loi annule la libéralité consentie par le malade à son médecin ou à son confesseur. Or, aux termes de l'article 1352, lorsque sur le fondement d'une présomption la loi annule certains actes, la preuve contraire ne peut être admise. Il en résulte que le bénéficiaire, qui se trouve dans les conditions requises par l'article 909, ne pourrait pas demander à prouver que la libéralité lui a été librement consentie et que l'influence redoutée par le législateur n'a pu être exercée sur l'esprit du disposant. Les juges sont obligés de fermer les yeux sur toutes les circonstances de la cause qui leur démontreraient, même jusqu'à l'évidence, que le malade a disposé dans la plénitude de sa liberté; leur pouvoir d'appréciation s'exercera seulement pour la constatation des faits dont la réunion est exigée par l'article 909 comme conditions de l'incapacité qu'il établit; ils auront, par exemple, à décider si le bénéficiaire a réellement traité ou assisté le malade, comme le veut la loi, si la libéralité a été faite à une époque où le disposant était déjà atteint de la maladie qui devait plus tard le conduire au tombeau. Mais, ces faits, dont les juges sont les souverains appréciateurs, une fois reconnus, la libéralité doit nécessairement être annulée; il ne serait pas permis à un tribunal de substituer sa sagesse à celle de la loi et de décider que, malgré la réunion des conditions prévues par l'article 909, le malade n'a pas subi l'influence de son médecin ou de son confesseur (En ce sens, Toulouse, 10 mai 1856; Sir. 57, 2, 97; Bordeaux, 7 déc. 1856; Sir. 58, 2, 481; Bordeaux, 12 mai 1862; Sir. 63, 2, 25 et et Cass, 7 avril 1863, mêmes parties, Sir. 63, 1, 172; Toulouse, 12 janv. 1864, Sir. 64, 2, 114). Notons toutefois que l'article 1352 ne laisse pas le bénéficiaire complètement désarmé devant ceux qui attaquent le testament ou la donation, il lui reste une seule ressource, c'est de les faire interroger sur faits et articles et de se préva-

loir de leur aveu, s'il intervient par hasard, pour établir que le malade n'a pas subi la captation que la loi présume. Quant à leur déférer le serment, c'est un moyen de preuve qui lui échappe, car le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à celui à qui on le défère, et le disposant qui seul pourrait jurer s'il a, ou non, subi l'empire de son médecin ou de son confesseur, n'est plus là, nous le supposons, pour prêter ce serment.

Il est bien entendu, d'ailleurs, qu'une libéralité faite par un malade pendant la maladie dont il meurt ne doit pas être nécessairement déclarée valable, par cela seul qu'elle se trouverait en dehors de la présomption légale et ne réunirait pas toutes les conditions exigées par l'article 909. Une telle libéralité ne serait pas nulle de plein droit sans doute ; mais, si le juge reconnaissait en fait que le consentement du disposant n'a pas été librement donné, que le bénéficiaire pour l'obtenir a eu recours, par exemple, à des manœuvres dolosives, la nullité pourrait en être prononcée en vertu non pas de l'article 909, mais de l'article 901. La différence entre les deux cas consiste en ce que celui qui attaque la libéralité, s'il peut invoquer la présomption légale édictée par l'article 909, n'aura à établir qu'une seule chose, c'est qu'il réunit toutes les conditions exigées par la loi pour l'application de la présomption légale, mais il n'aura nullement à faire la preuve de l'abus d'influence, tandis que s'il invoque l'article 901 il devra faire par les moyens ordinaires la preuve des faits de captation et de suggestion qui auraient été la cause déterminante de la libéralité. Ainsi donc, l'intérêt principal que trouve le demandeur en nullité à se placer sous la protection de l'article 909, c'est que la présomption légale non-seulement le dispense de faire la preuve, mais même le plus souvent met son adversaire dans l'impossibilité à peu près absolue de fournir la preuve contraire.

III. *Caractère de l'incapacité édictée par l'article* 909. — On a pu se demander si la prohibition de l'article 909 était une inca-

pacité de disposer ou une incapacité de recevoir. A s'en rapporter à la lettre même de la loi, on serait tenté de dire qu'il s'agit dans l'article 909 d'une incapacité de recevoir, puisque la loi déclare que les médecins et ministres du culte ne *pourront profiter* des dispositions qui leur sont faites ; si la loi, ajoute-t-on, avait voulu établir une incapacité de disposer, ce n'est pas le médecin, mais le malade qu'elle aurait déclaré incapable, comme elle le fait d'ailleurs dans l'article 907, où il est dit que « le mineur ne *pourra disposer* au profit de son tuteur. » Nous répondons que s'attacher aussi servilement au texte de la loi serait risquer d'en méconnaître gravement l'esprit ; la rédaction des articles du Code est quelquefois défectueuse, nous n'en chercherons d'autre preuve que le texte d'un article pris dans le chapitre même : *Des incapacités* ; l'article 912, en effet, est ainsi conçu : « On ne *pourra disposer* au profit d'un étranger.... » Or, de l'aveu de tous, il s'agit dans l'article 912, non pas d'une incapacité active, comme pourrait le laisser croire le texte, mais d'une incapacité de recevoir, de l'incapacité passive de l'étranger. Donc, l'argument tiré du texte de l'article 909 est sans valeur. Quand il est question, comme dans l'article 909, d'une incapacité relative de disposer ou de recevoir, il est certain qu'à l'incapacité active du disposant correspond toujours l'incapacité passive du bénéficiaire ; mais comme il importe de se rendre compte de l'incapacité que la loi a eue principalement en vue, c'est aux motifs qui ont inspiré la prohibition et non pas à la formule dont s'est servi le législateur qu'il faut s'en rapporter. Or, pourquoi la libéralité, faite au médecin ou au confesseur, est-elle déclarée nulle ? Ce n'est pas parce que ces personnes sont incapables, elles peuvent, au contraire, recevoir de tout autre que du malade ; si la loi annule la libéralité, c'est en considération de la personne du malade, c'est lui qu'elle veut protéger, parce qu'elle suppose que sa volonté n'est pas libre et qu'elle le présume sous l'empire d'une influence abusive. C'est

donc bien une incapacité de disposer que la loi a eue principalement en vue, et, si le médecin ou le ministre du culte sont à leur tour incapables de recevoir, ce n'est que par voie de conséquence et à cause des rapports dans lesquels ils se trouvent avec le malade.

Notons toutefois que la question que nous venons d'agiter présente à propos de l'article 909 moins d'importance que par rapport à l'article 907. Nous disions, en effet, en étudiant le caractère de l'incapacité édictée par ce dernier article : s'il s'agit dans l'article 907 d'une incapacité de recevoir, la seule époque à considérer est l'époque du décès du disposant et, pour que la libéralité soit valable, il suffit que le bénéficiaire, c'est-à-dire l'ancien tuteur, soit capable à cette dernière époque, sans s'inquiéter s'il l'était au moment de la confection du testament. Au contraire, s'il s'agit d'une incapacité de disposer, la libéralité sera nulle, soit que le testateur ait été incapable à l'époque de la confection du testament, soit qu'il l'ait été à l'époque du décès, et nous en tirions cette conséquence que l'on devait annuler un legs fait par le mineur à celui qui n'était pas son tuteur à l'époque de la confection du testament, mais qui l'était devenu à l'époque de son décès. Pour être logique, nous devrions dire : il s'agit également dans l'article 909 d'une incapacité de disposer, c'est donc aux deux époques de la confection du testament et du décès qu'il faut envisager la capacité du disposant ; en conséquence, nous devrions déclarer nul le legs fait au médecin ou au ministre du culte avant le commencement de la maladie, quoique plus tard le testateur pendant la maladie dont il est mort ait été traité ou assisté par le légataire. Et pourtant cette conséquence est repoussée par la doctrine et la jurisprudence, et avec raison, car elle serait en opposition avec le texte formel de l'article 909, qui ne s'applique qu'aux « *dispositions qui auraient été faites pendant le cours de la maladie.* » La loi a consacré dans l'article 909 une solution qui

est contraire aux principes et qui ne peut trouver d'explication que dans une considération historique, laquelle nous est fournie par Pothier (Cout. d'Orléans, art. 296, note b). Dans notre ancienne jurisprudence, dit en substance ce jurisconsulte, l'incapacité du mineur était consacrée par la Coutume et par les Ordonnances, c'était donc une incapacité légale, une incapacité *de droit*; or l'incapacité *de droit* est à considérer, et à l'époque de la confection du testament et à celle du décès. Au contraire, l'incapacité du malade à l'égard de son médecin ou de son confesseur n'était consacrée par *aucune loi* et résultait seulement de la jurisprudence des arrêts. Pothier en concluait qu'il ne s'agissait là que d'une incapacité *de fait*, et non plus d'une incapacité *de droit*, et qu'en conséquence il suffisait qu'elle existât seulement à l'époque de la confection du testament et non à celle du décès. En reproduisant trop servilement la doctrine de Pothier, les rédacteurs du Code ne se sont pas rendu compte que la différence purement accidentelle signalée par cet auteur disparaissait, dès que la loi consacrait l'incapacité du malade comme elle avait consacré celle du mineur et ils sont tombés dans une inconséquence, regrettable peut-être au point de vue des principes, mais que l'on doit néanmoins accepter en présence du texte formel de l'article 909.

IV. *Quelles personnes sont atteintes par la prohibition de l'article* 909 ? — La loi dit que ce sont « les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront *traité* une personne pendant la maladie dont elle meurt » ; à cette énumération, la loi ajoute les « ministres du culte », mais on s'accorde généralement pour reconnaître que le texte de l'art. 909 n'est pas limitatif et que l'incapacité frappe tous ceux qui exercent l'art de guérir, quel que soit leur titre ou la dénomination qu'ils se donnent. Cette interprétation extensive de l'art. 909 est autorisée par ce fait seul que la loi subordonne l'incapacité à la condition d'un *traitement médical*, entrepris par le bénéficiaire

sur la personne du disposant Pothier déclarait incapables « *ceux qui avaient entrepris une cure* » et il est certain que dans le droit actuel, comme autrefois, la cause de l'incapacité n'est pas la qualité du praticien, mais bien plutôt cet ensemble de soins qu'il donne au malade et qui, par leur durée et leur fréquente régularité, peuvent lui permettre d'acquérir sur son esprit une influence dont la loi se défie. En conséquence le pharmacien qui ne fait que préparer les médicaments et exécuter les ordonnances du médecin ne pourrait, pour ce seul fait, être déclaré incapable ; car il ne *traite* pas le malade, comme l'exige la loi pour qu'il y ait incapacité ; la prohibition de l'art. 909 ne l'atteindrait qu'autant qu'il serait sorti du cercle de ses fonctions ordinaires pour prescrire des remèdes et traiter le malade (Cass. 12 oct. 1812. Sir. C N., 4e vol., 1, 199 ; Montpellier, 31 août 1852, Sir. 53, 2, 585). Dans ce dernier arrêt, la Cour de Montpellier décide que le fait par le pharmacien d'avoir appliqué des sangsues au malade rentre dans les exigences de sa profession et que, sans qu'il soit nécessaire de voir là un traitement, le pharmacien a pu rendre au malade, son parent, quelques visites d'amitié, lui tâter une fois le pouls et recommander aux personnes qui le soignaient de donner les potions aux heures indiquées et faire les frictions ordonnées par le médecin qui, pendant tout le cours de la maladie, n'a cessé de diriger personnellement le traitement. Mais, par contre, la Cour de Caen (11 juillet 1866 et Cass. 7 avril 1868 ; Sir. 1876, 1, 301 en note) déclare incapable le pharmacien qui était habituellement appelé pour constater les progrès du mal, donnait ses conseils et prescrivait les remèdes.

Ce qui constitue surtout le traitement, c'est la fréquence des soins donnés par un homme de l'art et son assiduité auprès du malade, dans le but d'arriver à la guérison de ce dernier, ou du moins à son soulagement. Ainsi le médecin qui a été appelé seulement en consultation n'est pas incapable de recevoir du malade,

à moins que par suite de la fréquence des consultations il ne soit devenu un auxiliaire dans le traitement et ait pu ainsi acquérir un grand ascendant sur l'esprit du malade (Cass. 9 avril 1835 Sir. 35, 1, 450). Mais la continuité des soins ne constitue pas à elle seule le traitement, il faut qu'il y ait une direction donnée ou du moins tentée, sur le cours de la maladie, qu'il y ait prescription de remèdes destinés à combattre le mal. Aussi décide-t-on généralement que la garde-malade n'est pas incapable, car elle n'est comprise ni dans les termes de la loi ni dans son esprit, elle ne *traite* pas le malade ; son rôle, tout à fait subalterne, se borne à le veiller et à lui donner quelques soins matériels et l'influence qu'elle pourrait acquérir est bien différente de celle exercée par le médecin. L'ancienne jurisprdence, d'ailleurs, qui était si portée à étendre l'incapacité prononcée par l'ordonnance de 1539, l'avait compris ainsi et ne comptait pas le garde-malade au nombre des incapables.

Il y a plus de difficulté en ce qui concerne les sages-femmes ; sans doute, elles ne sont pas nommément déclarées incapables par l'article 909, mais nous savons déjà que le texte n'est pas limitatif et que c'est le traitement médical plutôt que la lettre de la loi qu'il faut considérer pour déterminer les limites de l'incapacité ; or, si, au lieu d'appeler une sage-femme, la femme en couches avait mandé un médecin accoucheur, celui-ci serait certainement incapable ; pourquoi alors ne pas frapper de la même incapacité la sage-femme, qui tient la place du médecin, qui a comme lui reçu de l'autorité la permission d'exercer dans le service spécial des accouchements et qui pourrait, pendant la crise douloureuse de l'enfantement, prendre sur l'esprit de la patiente un empire que la loi suspecte ? — A plus forte raison devrait-on appliquer à la sage-femme la prohibition de l'article 909 si, contrairement aux prescriptions de la loi du 19 ventôse an XI, article 33, elle avait pratiqué une opération chirurgicale sur la femme en couches, ou

bien si elle lui avait prescrit ou fait suivre un traitement soit avant, soit après l'accouchement.

La doctrine et la jurisprudence étendent généralement l'incapacité de l'article 909 à tous ceux qui exercent la médecine sans titre légal, tels que empiriques et charlatans, et qui auraient traité le disposant pendant la maladie dont il est mort. Ces personnes étaient déjà frappées d'incapacité par notre ancienne jurisprudence et le législateur moderne n'a pu oublier de les comprendre dans sa prohibition, car Jaubert, dans son rapport au tribunat (Locré, t. 11, p. 442, n° 17) disait : « La loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous ceux qui, dépourvus d'un titre légal, oseraient néanmoins s'ingérer dans les fonctions de l'art de guérir. » Il est difficile d'être plus formel. On objecte néanmoins que ces personnes ne sont pas comprises dans l'énumération de la loi et que les incapacités ne peuvent pas être étendues par voie d'analogie. Si le législateur a cru inutile de mentionner dans l'article 909 ceux qui exercent illégalement la médecine, c'est sans doute parce que ces personnes commettent un délit et, en vertu de cet axiome : *Nemo potest ex suo delicto consequi emolumentum.* Il ne serait pas juste, en effet, que l'exercice illégal de la médecine pût créer, pour ceux qui s'en rendent coupables, une situation meilleure que celle du médecin diplômé. En outre, il n'est même pas exact de dire que l'empirique et le charlatan ne sont pas compris dans les termes de l'article 909, car la loi s'attache à cette double circonstance, d'abord qu'il s'agisse d'une personne exerçant l'art de guérir et, en second lieu, que cette personne ait traité le disposant. C'est surtout par le fait du traitement que les praticiens peuvent acquérir de l'influence sur le malade ; or l'empirique et le charlatan exercent bien, ou prétendent exercer, un traitement et leur influence est d'autant plus dangereuse qu'ils s'adressent à des personnes crédules et ignorantes que la loi doit protéger plus que toutes autres. Enfin

qu'on n'objecte pas que, si la présomption légale de l'article 909 ne s'applique pas à ceux qui exercent illégalement la médecine, cette omission du législateur sera sans inconvénient, puisque la libéralité qui leur est consentie pourra toujours être annulée pour cause de captation ou de suggestion en vertu de l'article 901. Nous avons déjà répondu à cette objection et nous savons qu'il existe un réel inconvénient à ne pouvoir appliquer l'article 909, lequel dispenserait le demandeur en nullité de fournir la preuve de l'abus d'influence et mettrait même le plus souvent son adversaire dans l'impossibilité de faire la preuve contraire. Exiger que l'on fasse contre l'empirique la preuve de la captation, ce serait à peu près lui assurer l'impunité, car il aura toujours soin de tenir secrètes les manœuvres auxquelles il a recours. (En ce sens, Paris 9 mai 1820, Sir. 20, 2, 259 et Grenoble 6 févr. 1830, Sir. 31, 2, 186; en sens contraire Cass. 24 juil. 1832, Sir. 32, 1, 503).

La même solution doit être adoptée à l'égard des magnétiseurs et des somnambules qui auraient prétendu guérir des malades par les pratiques de leur art. La prétention de leur part de *traiter* le malade suffit pour les comprendre dans la prohibition de l'article 909, sans qu'il soit besoin d'examiner la nature des remèdes qu'ils emploient, et d'ailleurs leur influence est non moins à redouter que celle des charlatans.

Enfin il est hors de doute que l'incapacité frappe également les médecins et chirurgiens gradués dans les universités étrangères, sans distinguer s'ils ont, ou non, obtenu l'autorisation d'exercer en France.

La loi, dans l'article 909, assimile au médecin le « ministre du culte », celui qui distribue les secours de la religion à celui qui administre les secours de l'art médical; elle craint que le malade, affaibli par les souffrances et préoccupé de sa fin prochaine, ne puisse rien refuser à l'homme qui dispose de son sort dans l'autre vie. L'expression « ministre du culte » est générique et

embrasse tous ceux qui, revêtus d'un caractère religieux, ont rempli les fonctions de leur ministère auprès du disposant. Les ministres de tous les cultes sont donc compris dans la prohibition et il n'y a pas à distinguer entre les cultes qui admettent et ceux qui n'admettent pas la confession auriculaire. Sans doute les dogmes de la religion catholique, à cause de la dépendance sous laquelle ils placent les croyants, et surtout l'usage de la confession donnent aux ministres de cette religion sur les personnes qu'ils assistent un empire plus absolu que celui exercé par les ministres des autres cultes. Mais, pour être atteint par l'incapacité, il n'est pas indispensable que le prêtre catholique ait confessé le disposant; il suffit qu'il lui ait, par exemple, rendu des visites, qu'il lui ait offert les consolations de sa religion et qu'il l'ait par ses exhortations préparé à la mort, (Bourges, 4 mars 1807, S., C. N., 1807, 2, 208). Or, ces consolations de la dernière heure, cette préparation à la mort, cette direction des consciences, en un mot, sont en usage dans tous les cultes. Tous les ministres, qu'ils soient protestants, israélites ou mahométans, peuvent donc, aussi bien que le prêtre catholique, exercer sur leurs coreligionnaires une influence que le législateur redoute avec juste raison (En ce sens, Bordeaux, 7 déc. 1857, Sir. 58, 2, 481 et Alger, 30 avril 1856, S. 59, 1, 396). Mais le ministre du culte, pas plus que le médecin, n'est en vertu de sa seule qualité incapable de recevoir d'un malade; il faut pour cela qu'il y ait eu *traitement* du disposant, non pas le traitement du corps comme celui qu'exerce le médecin, mais un traitement moral, le traitement de l'âme, lequel consiste dans un ensemble de soins spirituels donnés au malade. Cette assistance spirituelle doit avoir un certain caractère de durée et de continuité et être de nature à produire sur l'esprit du malade une certaine influence. C'est avec raison que la Cour de Cassation (arrêt du 18 mai 1807, confirmant un arrêt de la Cour de Grenoble

du 16 avril 1806, Sir., C. N., 1807, 1, 389) a décidé que le simple fait d'avoir administré l'Extrême-Onction au malade est insuffisant pour constituer l'assistance spirituelle visée par l'article 909. De même un prêtre ne serait pas nécessairement incapable par cela seul qu'il aurait été autorisé à dire la messe, plus ou moins souvent, auprès du disposant pendant sa maladie si d'ailleurs il ne l'a pas confessé et n'a rempli auprès de lui aucun autre acte de son ministère (Paris, 3 juill. 1813, S., C. N., 1813, 2, 335, et Cass. 13 avril 1880, Sir., 80, 1, 361). L'administration d'un sacrement est bien un acte du ministère du prêtre, mais si cet acte reste à l'état de fait isolé, il est impuissant à constituer ce traitement de l'âme duquel la loi fait découler l'incapacité de l'ecclésiastique ; de même que le fait d'avoir été appelé en simple consultation ne constitue pas le médecin en état d'incapacité, de même le ministre du culte, qui n'a pas entretenu avec le malade à raison de son ministère des relations directes et personnelles et qui par conséquent n'a pu exercer une action puissante sur sa volonté, ne doit pas tomber sous la présomption légale d'incapacité édictée par l'article 909. Mais, bien entendu, en dehors des cas d'application de l'article 909, le demandeur en nullité de la libéralité consentie au ministre du culte pourrait faire contre ce dernier la preuve de faits de captation et de suggestion, conformément au droit commun de l'article 901.

V. *Conditions requises pour l'application de l'article* 909. — L'incapacité de recevoir qui frappe les médecins et les ministres du culte n'est que la conséquence de l'incapacité de donner qui atteint le malade ; or, celui-ci n'est incapable que parce qu'il est réputé subir l'influence du médecin qui le traite ou du ministre du culte qui l'assiste. Pour peser ainsi sur l'esprit du disposant et lui enlever sa liberté d'action, il faut que cette influence emprunte aux circonstances au milieu desquelles elle se produit un certain caractère de gravité. C'est pourquoi la loi subordonne à la

réunion des trois conditions suivantes l'incapacité qu'elle édicte, et par suite la nullité des dispositions à titre gratuit qu'elle prononce. En premier lieu, il faut que cette influence se manifeste par des actes positifs, c'est-à-dire que le médecin ait réellement *traité* le disposant ou que le ministre du culte lui ait prêté son assistance spirituelle pendant sa maladie. En second lieu, il faut que cette maladie ait assez de gravité pour porter atteinte à la liberté morale du disposant et, comme la loi ne peut pas déterminer d'une façon precise le degré auquel le mal doit être parvenu, elle exige qu'il s'agisse d'une maladie mortelle. Enfin il faut que cette libéralité ait été faite dans le cours de cette maladie dont est mort le disposant, et durant laquelle le médecin l'a traité ou le ministre du culte l'a assisté.

I. — Il nous reste peu de chose à dire sur la première condition ; en énumérant les différentes personnes atteintes par l'incapacité de recevoir, nous avons vu quels faits peuvent constituer les éléments d'un traitement médical ou de l'assistance spirituelle. Qu'il s'agisse du médecin ou du ministre du culte, le traitement exigé par l'article 909 est un fait complexe ; les circonstances au milieu desquelles il se produit, la nature des remèdes employés, l'ensemble des soins qu'il exige en constituent les éléments, et l'appréciation en est confiée par la loi aux lumières et à la conscience des magistrats. (En ce sens, Cass. 12 oct. 1812, S., C. N., 1812, 1, 199 ; Cass. 9 avril 1835 ; Sir. 35, 1, 450 ; Cass. 7 avril 1868 et 17 janv. 1876, S. 76, 1, 297). Toutefois on a pu se demander s'il s'agit là d'une pure question de fait, dont l'appréciation est abandonnée entièrement à la sagesse des juges du fond, et si la censure de la Cour de cassation s'arrête devant la constatation souveraine qu'en auraient faite les premiers juges. Nous croyons qu'il faut, sur ce point, faire une distinction ; sans aucun doute le juge du fait peut, au moyen des enquêtes auxquelles il se livre, relever toutes les circonstances de détail, tous

les faits qu'il croit susceptibles de constituer les éléments du traitement et, dans la constatation qu'il en fait, il use du pouvoir souverain que lui confère la loi. Mais après avoir constaté souverainement tels et tels faits, après avoir, par exemple, reconnu qu'un médecin ou qu'un prêtre ont d'une manière constante, régulière et avérée donné à un malade des soins de leur profession ou de leur ministère, le juge pourrait-il conclure qu'il n'y a pas eu traitement ? Cette conclusion juridique qu'il tirerait de faits par lui souverainement constatés échapperait-elle à la censure de la Cour de cassation ? Nous ne le pensons pas. Assurément la Cour de cassation ne pourrait pas refaire une sorte d'enquête et déclarer faux des faits que le juge du fond aurait reconnus comme vrais, ou réciproquement ; dans cette constatation des faits, les premiers juges sont souverains. Mais dans l'appréciation qu'ils font de ces faits, dans la conclusion qu'ils en déduisent, en déclarant que tels faits constituent, ou non, un traitement, il y a là un élément juridique sur lequel peut s'exercer le contrôle de la Cour suprême. Ainsi, s'il s'agissait par exemple de faits constitutifs de dol ou de violence, et que les juges du fond auraient appréciés comme tels, est-ce que la Cour de cassation ne pourrait pas réviser leur appréciation et déclarer que, même en tenant ces faits comme vrais, ils ne peuvent constituer un dol ou une violence ? évidemment. Eh ! bien, il en est de même dans notre espèce, et la Cour de cassation pourrait certainement décider que tels actes, même tenus pour vrais, ne sont pas assez graves pour constituer le traitement d'où la loi fait découler l'incapacité de l'article 909. (Voir en ce sens le rapport de M. Onofrio sur lequel a été rendu l'arrêt de cassation du 17 janvier 1876, Sir. 76, 1, 299 ; également le rapport de M. Alméras-Latour qui a précédé l'arrêt du 13 avril 1880, S. 80, 1, 361).

II. — La seconde condition à laquelle la loi subordonne l'incapacité édictée par l'article 909 est que le disposant meure de la

maladie pendant laquelle il a été traité par le bénéficiaire. La loi présume que, tant qu'il n'est pas atteint d'une maladie mortelle, le malade conserve assez d'énergie et de force pour résister aux séductions qui l'entourent, qu'il a assez de liberté pour combattre l'influence du médecin ou du ministre du culte. Cette présomption de la loi, comme toutes les présomptions, peut quelquefois être contraire à la vérité ; il pourra arriver, en effet, que le malade revienne à la santé et, dans ce cas, la libéralité n'en sera pas moins valable, bien qu'elle ait été consentie dans des circonstances exactement semblables à celles pour lesquelles le législateur avait jugé à propos d'édicter une protection spéciale en faveur du disposant. Cette situation ne présente pas d'inconvénient, s'il s'agit d'un testament, puisque le testateur pourra toujours la révoquer, s'il reconnaît qu'il n'a pas joui, en le faisant, de la plénitude de sa liberté. Mais s'il s'agit d'une donation entre-vifs, comme elle est irrévocable, le donateur n'aura d'autre ressource que de l'attaquer pour cause de captation ou de suggestion et, comme il agit alors dans les termes du droit commun de l'article 901, c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve. Il est vrai que, d'une part, la preuve des faits de dol ou de violence sera plus facilement faite par lui que par tout autre, puisqu il en a été lui-même la victime et que par suite il en connaît tous les éléments ; d'autre part, le juge devra prendre en considération la qualité de médecin ou de ministre du culte de celui contre lequel est intentée l'action en nullité et la prétention du demandeur devra lui paraître d'autant plus vraisemblable que celui-ci aura moins tardé d'agir, aussitôt après son retour à la santé. Néanmoins il ne faut pas se dissimuler que la preuve de la captation sera difficile dans la plupart des cas, car ceux qui abusent de la faiblesse d'un malade pour lui extorquer des libéralités ont recours à des manœuvres occultes et ont soin d en laisser subsister le moins de traces possible. Mais il y a là une situation que le législateur ne pouvait guère éviter ;

il n'a pas voulu, en effet, frapper les médecins et les ministres du culte d'une incapacité absolue de recevoir ; il n'a pas voulu non plus qu'un donateur, qui se repentirait d'avoir donné, n'eut qu'à alléguer une simple maladie pour faire prononcer la nullité d'une libéralité volontairement consentie. Il a pensé, au contraire, que la prohibition de l'article 909 ne devait avoir effet que dans les circonstances graves, dans les cas où la violence du mal aurait réduit le malade à l'état passif et aurait été ainsi l'auxiliaire du médecin ou du directeur spirituel ; et comme il ne pouvait fixer d'une manière précise et invariable le degré de gravité de la maladie, il a dû exiger que cette maladie fût mortelle.

Ainsi la loi exige, pour l'application de l'article 909, non seulement qu'il y ait eu *traitement* du malade et que la disposition ait eu lieu pendant le cours de la maladie, mais encore que le malade soit mort de cette maladie ; de sorte que si le malade avait été enlevé par un accident imprévu, telle que la rupture d'un anévrisme survenue dans le cours de la maladie, cet événement purement fortuit profiterait au bénéficiaire et la libéralité devrait être maintenue. On n'est plus alors dans les termes ni dans l'esprit de la loi, on rentre dans le droit commun (Cass. 12 janvier 1833, Sir. 33, 1, 339 ; 9 avril 1835; S. 35, 1, 450 et 13 avril 1880, S. 80, 1, 361).

III. — Il faut, en troisième lieu, que la disposition soit faite pendant le cours de la maladie dont le malade est mort. Il en résulte que, si une personne qui n'est pas encore malade fait une libéralité à son médecin habituel ou à son confesseur, cette disposition sera valable, bien que postérieurement à cet acte le disposant soit tombé malade, qu'il ait pendant cette maladie reçu du bénéficiaire des soins médicaux ou l'assistance spirituelle et qu'il soit ensuite décédé des causes de cette maladie. Cette conséquence résulte formellement des termes dans lesquels est conçue la prohibition de l'article 909 ; de plus, elle se justifie par cette

considération qu'à l'époque où la libéralité a été faite, le disposant était pleinement capable et n'était nullement à la merci de son médecin ou de son confesseur, puisqu'il n'était pas encore malade. Ajoutons que si cette conséquence est logique, lorsque l'acte de libéralité est une donation, elle l'est moins, lorsqu'il s'agit d'un testament, puisque dans ce dernier cas le testateur devrait avoir la capacité de disposer au profit du légataire, non seulement à l'époque de la confection du testament, mais encore à l'époque de son décès. Nous nous sommes expliqué précédemment sur cette anomalie qui a été inspirée au législateur par la tradition historique, mais qui, bien que contraire aux vrais principes du droit, n'en doit pas moins être acceptée, parce que telle est la loi. Il y a plus; nous venons de voir que la libéralité, faite en pleine santé, sera valable, bien que ultérieurement le disposant ait été traité par le bénéficiaire dans une maladie dont il est mort ; mais la disposition devrait encore être maintenue, si elle intervenait, par exemple, dans les circonstances suivantes : une personne dispose au cours d'une maladie au profit du médecin qui la soigne, puis elle guérit ; plus tard elle retombe malade, elle est encore soignée par le même médecin et cette fois elle meurt ; s'il est bien établi en fait que la guérison a été complète et que la seconde maladie n'est pas la suite de la première, la libéralité faite au médecin sera valable, parce qu'elle n'a pas été consentie au cours de la maladie dont est mort le disposant.

Il se présente ici une sérieuse difficulté, c'est de déterminer exactement l'époque à laquelle remonte la maladie du disposant. La fixation de ce point de départ peut être embarrassante pour le juge, car la maladie peut avoir présenté dans son cours des intermittences, avoir affecté un caractère chronique et même à certains moments avoir offert quelque espoir de guérison. Il peut arriver en outre que le disposant ait été atteint de plusieurs maladies successives et il s'agit alors de déterminer si, à l'époque

à laquelle il a consenti la libéralité, il était déjà atteint par la maladie dont il est mort. C'est là une question délicate, dont la solution dépend d'éléments de faits multiples et qui est du domaine de la médecine plutôt que du droit. Ce qui est certain, c'est que la loi exige que le disposant soit mort d'une *maladie*, or on ne peut appeler ainsi une simple faiblesse de constitution, un tempérament plus ou moins délicat, un de ces états en un mot qui, tout en exigeant beaucoup de ménagements, n'affectent pas la vie dans ses organes essentiels et qui peuvent se prolonger ainsi plusieurs années, sans forcer l'homme à renoncer ni à ses occupations ni à ses plaisirs. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Agen, confirmé par la Cour de Cassation (12 janv. 1833, Sir. 33, 1, 339) a pu décider qu'un état de souffrance et d'infirmité, survenu à la suite de la fracture d'une jambe et qui s'est prolongé pendant quatorze années jusqu'au décès du disposant, parvenu d'ailleurs à l'âge de 82 ans, peut être considéré comme n'ayant pas le caractère de *maladie* dans le sens de l'article 909. Sans doute la loi n'exige pas qu'il s'agisse d'une maladie nettement caractérisée, d'une de ces maladies que la science désigne d'un nom particulier et reconnaît à des signes spéciaux, mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une maladie mortelle de sa nature ou ayant trait à la mort dans un avenir plus ou moins prochain. A quelle époque peut-on donc fixer juridiquement le commencement de la dernière maladie, faut-il la faire remonter au jour de l'apparition des premiers symptômes qui la révèlent, ou bien ne faut-il pas plutôt dire qu'elle ne date que du jour où les médecins ont reconnu l'existence d'un mal incurable, du jour où la science s'est reconnue impuissante à en arrêter la marche progressive et s'est bornée pour l'avenir à adoucir les souffrances du patient? La première opinion est repoussée par un arrêt de la Cour de Grenoble, confirmé en cassation (9 avril 1833, Sir. 33, 1, 450). On ne pourrait, dit en substance la Cour, voir une maladie, au

sens donné à ce mot par l'article 909, dans une affection ne se manifestant à l'époque du testament que par un simple bouton de la grosseur d'une lentille, si c'est seulement dix ans après qu'il a atteint la grosseur d'une noix et six ou huit années plus tard qu'il est dégénéré en une plaie de nature cancéreuse. On ne peut qu'approuver cette décision ; mais si la loi exige qu'il y ait une maladie, dans le sens vulgaire du mot, c'est-à-dire que le mal ait révélé son existence et même son caractère par des souffrances d'une certaine intensité, il faut bien se garder de tomber dans un excès contraire et de dire, en exagérant les rigueurs de la loi, que le législateur ne redoute l'empire du médecin ou du ministre des cultes qu'autant qu'ils se trouvent en présence d'une volonté déjà anéantie par la maladie, d'un homme vaincu dans son moral et dans son physique. Non, la loi, lorsqu'elle parle d'une « maladie dont est mort le disposant », ne va pas jusqu'à exiger que le malade soit tombé dans un état d'affaiblissement manifeste des facultés intellectuelles ; elle ne nous semble pas non plus exiger que la maladie soit irrémédiable et soit, comme dit M. Bressolles (Rev. crit. T. 24, p. 426) « parvenue à une période où l'état du malade a été définitivement désespéré et où les progrès du mal ont dû bientôt amener la mort. »

Nous préférons la doctrine adoptée par la cour de Toulouse dans le procès en nullité de testament intenté par les héritiers du P. Lacordaire. Le célèbre dominicain, par un testament olographe du 17 nov. 1860, avait fait un legs universel au profit de l'abbé Mourey, son confesseur, et était mort un an plus tard, le 21 nov. 1861. Dans l'intervalle il avait composé et prononcé son discours de réception à l'Académie française ; il avait aussi écrit des pages éloquentes qui démontrent que, jusqu'à son heure suprême, l'âme avait, dans cette organisation exceptionnelle, triomphé des défaillances du corps. Néanmoins la cour décide que « le point de départ de la maladie se fixe au carême de 1860, époque

à laquelle Lacordaire, saisi à l'autel même de violentes douleurs de tête et de reins, fut obligé de se retirer dans sa chambre » ; que cette maladie, appelée par les médecins anémie ou appauvrissement du sang, s'est continuée pendant les deux années de 1860 et 1861, que dès lors le testateur n'a eu « qu'une seule maladie, persévèrante dans son cours et fatale dans son issue. » En conséquence, la cour annule le testament, comme fait pendant la maladie dont est mort le testateur.—Bien que rigoureuse, cette manière d'interpréter l'art. 909 nous paraît logique ; nous ne pouvons donc accepter sans réserves la définition que la cour de Paris donne de la dernière maladie, dans un procès également célèbre, celui intenté par les héritiers légitimes du duc de Grammont-Caderousse contre le Dr Déclat : « Cet état morbide, dit la Cour, qui défie tous les efforts de la médecine et n'admet plus que les palliatifs pour la douleur et les distractions pour les préoccupations du malade.» Il nous semble que l'intention du législateur, en employant l'expression générale de *maladie*, n'a pas été de restreindre dans des limites aussi étroites la période pendant laquelle il jugeait nécessaire de mettre le malade à l'abri de l'influence exercée sur lui par son médecin ou son directeur spirituel. C'est qu'en effet, quand la maladie en est arrivée au point indiqué par la cour de Paris, quand le mal est ainsi reconnu incurable, le dénoûment est souvent bien prompt, les relations d'amitié ne s'établissent plus aussi facilement entre le médecin et son client et l'influence du médecin est désormais d'autant moins à redouter que ses efforts sont reconnus impuissants. C'est au contraire pendant les longues maladies où la science lutte chaque jour contre le mal et lui dispute opiniâtrement le terrain que les rapports de bienveillance et d'amitié s'établissent, que les élans irréfléchis de la reconnaissance sont à craindre chez le malade et que l'influence du médecin devient dangereuse. M. Valette nous paraît avoir parfaitement pénétré l'esprit de la loi, quand il écrivait dans la Consul-

tation rédigée en faveur du Dr Déclat : « Le mot *maladie*, pris dans son sens vulgaire et usuel ainsi que l'ont certainement fait les rédacteurs du Code (art. 909 et 2101-3°), signifie un trouble extraordinaire, accidentel de la santé, venant déranger les habitudes de la personne et l'enlevent à son genre de vie et à ses occupations ordinaires. Dans l'hypothèse que prévoit l'art. 909, ce dérangement exceptionnel de la santé est assez grave pour causer la mort et s'y rattache ainsi d'une manière immédiate et déterminante. » Il est d'ailleurs difficile de donner *a priori* une disposition abstraite et générale de ce qui constitue la dernière maladie et les juges devront souvent prendre en considération des faits de nature fort diverse et dont l'examen est soumis à leur souveraine appréciation.

A propos des conditions exigées par la loi pour l'application de l'art. 909, il nous reste à examiner cette dernière question : faut-il, pour qu'il y ait nullité de la libéralité faite au médecin ou au ministre du culte, qu'elle ait été consentie à l'époque même où ces personnes donnaient leurs soins au malade? ou suffit-il simplement, d'une part, que la disposition ait été faite pendant le cours de la maladie dont le disposant est mort et, d'autre part, que le bénéficiaire ait donné ses soins au malade pendant cette même maladie, mais sans exiger qu'il y ait concomitance entre l'époque où la disposition a été consentie et celle où le traitement a eu lieu? Cette question a été soulevée notamment à l'occasion de l'affaire du duc de Grammont-Caderousse et la Cour de Paris, conformément aux conclusions du ministère public, a rejeté cette condition de la simultanéité du traitement et de la libéralité. « Considérant, dit l'arrêt du 8 mars 1867, que l'art. 909 établit une présomption légale résultant de deux circonstances à savoir : la confection du testament et le traitement donné pendant la dernière maladie; qu'on éluderait la volonté de la loi, en ajoutant une troisième condition à celles qu'elle a limitativement édic-

tées. » On peut répondre à ce premier argument qu'il ne s'agit nullement d'ajouter une nouvelle condition à celles imposées par la loi, mais de savoir précisément si l'art. 909 n'impose pas, par les termes dans lesquels il est conçu, cette condition de la simultanéité du traitement et de la libéralité. D'ailleurs serait-ce bien là, comme le prétend la Cour, une nouvelle condition, distincte des deux autres? Nullement; elle n'est, suivant l'expression de M. Demolombe, que « le lien qui les unit ensemble et les rend inséparables, elle forme leur caractère commun. » — La question se réduit donc à celle de savoir si le texte de l'art. 909 exige impérativement la coïncidence du traitement et de la libéralité. Or est-il possible de le nier? Pour que l'incapacité existe, à quelle époque doit avoir lieu le traitement? « pendant la maladie dont le disposant meurt », dit la loi. A quelle époque doit être faite la libéralité? encore « pendant le cours de cette même maladie. » C'est donc à un seul et même espace de temps que doivent se rapporter et le traitement et la libéralité.

Remarquons toutefois que cet argument tiré du texte de l'art. 909 n'est pas décisif, car il pourrait tout aussi bien être présenté par l'opinion adverse et l'on pourrait dire tout aussi justement : la loi exige simplement que la libéralité et le traitement aient lieu *pendant la dernière maladie*; rien de plus; c'est donc à tort que l'on voudrait regarder comme nécessaire la concomitance de ces deux faits.

Puisque le texte de l'article 909 ne peut nous éclairer sur la véritable pensée du législateur, cherchons-la dans les motifs qui ont inspiré la loi. Pourquoi le malade est-il incapable de disposer au profit de son médecin ou de son directeur spirituel? Parce que l'on suppose qu'à cause des soins qu'il en reçoit, il est placé sous leur dépendance et que sa volonté n'est pas libre. Or, peut-il y avoir abus d'influence là où il n'y a pas traitement? L'homme dont la loi redoute l'influence, ce n'est pas le médecin qui a traité

le malade et qui a perdu sa confiance ; ce n'est pas non plus celui qui n'a pas encore obtenu la confiance du malade et qui ne le traitera que plus tard ; mais c'est le médecin qui le traite actuellement, car c'est celui-là seul qui domine son esprit et sa volonté et qui tient pour ainsi dire son sort entre les mains ; c'est donc celui-là seul qui doit être déclaré incapable. Peu importe que le médecin soit éloigné du malade et le traite par correspondance ; peu importe aussi qu'il ait renoncé aux remèdes primitivement employés pour adopter un nouveau mode de traitement, qu'il ait laissé de côté la science désormais impuissante pour n'espérer de secours que de la nature, l'influence du médecin n'en subsiste pas moins tant qu'il dirige le traitement. C'est précisément ce qui était arrivé dans le procès jugé par la Cour de Paris et il était démontré en fait que le Dr Déclat avait continué de traiter le duc de Grammont-Caderousse pendant le voyage de ce dernier en Égypte où il avait fait son testament. Ce n'est donc pas l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons. La question que nous examinons ne peut se poser que dans deux cas. Dans le premier, nous supposons que le traitement a complètement et radicalement cessé à l'époque où se fait la libéralité, que le malade n'ayant plus confiance dans l'habileté de son médecin s'est adressé à un autre, mais a néanmoins voulu laisser un témoignage de sa reconnaissance à celui avec lequel il était lié peut-être par les rapports d'une vieille amitié et dans ce cas nous disons que l'effet, c'est-à-dire l'incapacité de disposer à titre gratuit, ne doit pas survivre à la cause qui le produit, c'est-à-dire le traitement et l'influence qui en résulte. Dans le second cas, nous supposons que le traitement n'était pas encore commencé au moment où a eu lieu la libéralité, que le malade a disposé, par exemple, au profit d'un médecin qui est son ami, qui se trouve actuellement éloigné de lui et qui, au moment où il dispose, ne lui a encore donne aucuns soins ; si plus tard ce médecin, ayant connaissance des progrès de la mala-

die, accourt auprès de son ami et de son bienfaiteur, et le traite, se peut-il que sa généreuse intervention se retourne contre lui et produise un effet rétroactif sur la validité d'une disposition qui, au jour où elle a été consentie, était inattaquable? Certainement l'effet, c'est-à-dire l'incapacité, ne peut ainsi remonter à une époque antérieure à la cause qui le produit, c'est-à-dire au traitement.

Cette doctrine a donc incontestablement en sa faveur l'esprit et les motifs de la loi et, s'il pouvait subsister quelque hésitation à prendre parti entre les deux opinions, il faudrait encore adopter l'interprétation qui exige la coïncidence de la libéralité et du traitement et qui tend ainsi à restreindre la portée de l'article 909, conformément au principe d'après lequel les règles sur l'incapacité sont *strictissimi juris*.

On fait à cette doctrine deux objections qu'il importe d'examiner. D'abord on dit : si la libéralité faite au médecin pendant la dernière maladie, mais avant qu'il ait commencé à traiter le malade, est déclarée valable, il pourra arriver que le médecin soit porté à refuser ses soins au malade, tant que celui-ci n'aura pas disposé en sa faveur. Répondons de suite que si la loi avait craint ces combinaisons coupables, elle aurait dû annuler également toutes les libéralités faites au médecin, même celles antérieures à la dernière maladie, car celles-ci pourraient être aussi le résultat d'un pareil calcul.

On objecte, en second lieu, que s'il s'agit d'un testament, la capacité du testateur doit s'apprécier non-seulement à l'époque de la confection, mais à celle du décès ; or l'influence du médecin, si elle n'existait pas au moment où le testament a été fait, a très bien pu postérieurement agir sur la volonté du disposant et l'empêcher de révoquer le legs fait à son médecin, puisque, du jour où le traitement a commencé, le malade est présumé n'avoir plus joui de sa liberté ; un testament qui n'est pas révoqué, c'est,

dit-on, un testament qui se renouvelle chaque jour jusqu'à la mort du testateur et, dans notre hypothèse, il est renouvelé sous l'influence du médecin. Nous répondons que cet argument, très sérieux d'ailleurs, n'a certainement pas été pris en considération par le législateur ; autrement il aurait dû prononcer aussi la nullité du testament fait antérieurement à la dernière maladie et qui pourtant, de l'aveu de tous, reste valable, bien que postérieurement le légataire ait donné ses soins au testateur dans la maladie dont il est mort ; car, dans ce cas également, on pourrait dire que l'influence du médecin a empêché le malade de révoquer son testament. Enfin il y a une autre raison qui prouve que le législateur ne s'est pas préoccupé du droit de révocation des testaments, c'est que l'article 909 ne fait aucune distinction entre le legs et la donation ; or, en ce qui concerne la donation, on ne peut pas dire que l'influence, acquise postérieurement par le médecin à la suite du traitement, empêche le donateur de révoquer, puisque la donation est irrévocable. Donc, si la donation est valable, bien qu'antérieure au traitement, il en doit être également du testament fait dans les mêmes conditions, puisque l'article 909 n'a fait aucune distinction entre la donation et le testament (Demol. don. et test., t. 1, nos 525 et suiv. ; Laurent t. XI, n° 341 ; M. Labbé note sur l'arrêt du 8 mars 1867, Sir. 67, 2, 169).

VI. *Exceptions à la prohibition de l'article* 909. — La loi n'a pas voulu que, dans tous les cas, le malade soit incapable de disposer en faveur de son médecin ou de son confesseur. Elle a jugé avec raison que dans certaines circonstances qu'elle détermine la libéralité est dictée au disposant, non par une influence abusive, mais par des considérations élevées de morale et d'affection, devant lesquelles devait fléchir la rigueur de la prohibition, telles sont les dispositions qu'il fait en faveur de certains parents ou qui lui sont inspirées par le désir de récompenser les services reçus pendant sa dernière maladie. Nous examinerons d'abord les

exceptions admises par la loi dans ces deux cas, puis nous verrons s'il est possible d'en admettre d'autres et d'étendre ces dispositions favorables en considération, par exemple, des rapports qui naissent soit d'une longue amitié, soit de l'affection conjugale. Disons dès maintenant que toutes les personnes qui sont frappées par l'article 909 de l'incapacité de recevoir doivent être admises à profiter des exceptions établies par le même article, tels sont notamment ceux qui se livrent à l'exercice de la médecine, sans être munis d'un titre légal. L'article 909 forme un tout complet, dès que nous comprenons ces personnes dans la règle, elles doivent nécessairement être comprises dans l'exception. D'ailleurs, comme ces personnes n'ont pas d'action en justice pour le paiement de leurs honoraires, refuser au malade la faculté de reconnaître leur dévoûment et de récompenser leur zèle serait souvent les priver de la juste rétribution des services rendus (Paris 9 mai 1820 Sir., C. N., 2, 258 ; Grenoble 6 févr. 1830 Sir. 31, 2, 186 ; Demol. Dom. et Test., t. 1, n° 549 ; Aubry et Rau, t. 7, p. 32, n. 38).

A. — Dispositions rémunératoires. — Bien que faites au médecin ou au confesseur pendant la dernière maladie, les dispositions rémunératoires sont valables, mais elles doivent réunir ces trois conditions : 1° avoir véritablement un caractère rémunératoire ; 2° être proportionnées aux facultés du disposant et aux services rendus ; 3° être faites à titre particulier. Rien de plus juste d'ailleurs que cette exception à la règle posée par l'article 909-1° ; en laissant au malade la faculté de récompenser les soins quelquefois très dévoués qu'il reçoit de son médecin et les consolations que lui donne son confesseur, la loi lui permet, d'une part, de s'assurer davantage le dévoûment de ces personnes, dont la présence lui devient souvent indispensable dans les derniers jours de la vie ; d'autre part il s'acquitte à leur égard d'une dette de reconnaissance ; or, l'accomplissement d'un devoir de gratitude

ne peut être regardé d'un mauvais œil par le législateur. Nous sommes donc loin des motifs qui ont inspiré la règle générale de l'article 909 et, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, nous n'avons plus autant à craindre les obsessions dont le malade peut être entouré et la domination de sa volonté par une influence étrangère.

1° *Caractère rémunératoire.* — La disposition par son importance doit avoir le caractère d'une rétribution des services rendus et d'un acte de générosité. Comme le dit la Cour de cassation (arrêt du 13 août 1844, Sir. 44, 1, 710), il s'agit « d'une libéralité à titre gratuit renfermée dans de certaines limites » ; c'est en un mot un acte mixte et complexe. En même temps qu'il se montre libéral envers ceux qui l'assistent, le malade s'acquitte d'une dette, qui a au moins le caractère d'une dette naturelle, puisque le ministre du culte ne peut pas réclamer d'honoraires. Aussi pense-t-on généralement que le médecin, qui accepte un legs rémunératoire du malade qu'il a traité, ne serait pas recevable à réclamer en outre ses honoraires, malgré la disposition de l'article 1023 d'après lequel « le legs fait au créancier n'est pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages. » C'est là une conséquence du caractère rémunératoire que la loi attache à la libéralité, laquelle n'est permise qu'à la condition d'être motivée par des services rendus antérieurement et dont elle offre une large rétribution. Mais sur ce point il faut avant tout rechercher quelle a été la volonté probable du testateur, qui pourrait avoir voulu que le médecin cumulât à la fois ses honoraires et le bénéfice de son legs. Il est bien entendu aussi que le médecin a toujours la faculté de répudier son legs pour s'en tenir à sa créance d'honoraires. Mais il n'est pas nécessaire, comme l'a décidé à tort un arrêt de la Cour de Montpellier du 19 mai 1813 (Sir., C. N., 1813, 2, 313) que le testateur ait dit expressément dans son testament qu'il en-

tend faire un legs rémunératoire; il suffit que cela résulte des circonstances de la cause et surtout de l'importance de la libéralité ; un acte doit s'apprécier non d'après la qualification que les parties lui ont donnée, mais d'après leur intention présumée et d'après sa nature et son but. Exiger une mention formelle du caractère rémunératoire, ce serait ajouter une nouvelle condition à celles édictées par la loi et l'interprête ne le peut pas (Cass. 10 déc. 1851, Sir. 52, 1, 41). Toutefois si le disposant a gardé le silence sur le caractère rémunératoire de la libéralité, comme il s'agit d'une exception à la règle de l'article 909, c'est à celui qui invoque cette exception à prouver qu'il réunit toutes les conditions édictées par la loi ; c'est donc au bénéficiaire à faire, selon le droit commun, la preuve du caractère rémunératoire que le disposant a entendu donner à la libéralité.

2° *La libéralité doit être proportionnée aux facultés du disposant et aux services rendus.* — Les tribunaux devront prendre en considération la fortune laissée par le défunt, la durée de la maladie, la renommée du médecin, son assiduité auprès du malade. Si le disposant possédait une fortune considérable et surtout s'il ne laisse que des héritiers à un degré éloigné, la libéralité pourra excéder de beaucoup le véritable prix des services rendus, mais il faut néanmoins qu'elle conserve un caractère rémunératoire, sinon elle manquerait de l'une des conditions nécessaires à sa validité et elle devrait être annulée. Toutefois quand l'intention rémunératoire est certaine, si la libéralité est seulement excessive et dépasse beaucoup par son importance la rémunération des services rendus, elle n'en devra pas moins être maintenue dans son principe ; les juges devront alors simplement la réduire au taux d'une large et libérale rémunération, sans toutefois qu'elle soit abaissée au taux des honoraires que pourrait réclamer le médecin ; si en effet elle était réduite à une simple créance d'honoraires, la volonté du disposant n'aurait plus aucun

effet et l'exception de l'article 909-1° ne serait jamais applicable au ministre du culte, puisque celui-ci ne peut jamais réclamer d'honoraires (en ce sens, Cass. 13 août 1884, Sir. 44, 1, 710).

3° *La libéralité doit être faite à titre particulier.*

Elle peut comprendre, par exemple, une somme d'argent, ou immeuble ou des objets mobiliers en nature. Si elle est universelle ou à titre universel, elle doit être déclarée nulle et il n'est pas permis au juge de la réduire et de la transformer en un legs particulier. L'opinion contraire a néanmoins ses partisans (Paris, 9 mai 1820, Sir., C. N., 20, 2, 258 ; Troplong, Don. 2, 638 ; Valette, consultation du 15 oct. 1867 en faveur du Dr Déclat). Mais la majorité des auteurs et des arrêts n'hésitent pas à déclarer nulle la disposition universelle faite au médecin, bien qu'elle soit qualifiée rémunératoire. Cette doctrine est, en effet, plus conforme au texte et à l'esprit de la loi. L'article 909 commence par envelopper dans une nullité générale toutes les dispositions faites au médecin pendant la dernière maladie, puis il admet une exception en faveur des libéralités rémunératoires, mais à la condition qu'elles soient faites *à titre particulier* ; la disposition universelle ou à titre universel n'étant pas comprise dans l'exception doit nécessairement rentrer dans la règle et être annulée en vertu de l'article 909, § 1er. C'est qu'en réalité la distinction faite par la loi entre les libéralités à titre particulier et les libéralités universelles a sa raison d'être. La loi se méfie des dispositions universelles, d'abord parce que la valeur en est toujours indéterminée et que par conséquent elles ne comportent pas l'idée d'une sage rémunération ; or celui qui veut récompenser un service doit peser et mettre en parallèle d'une part ce qu'il a reçu et d'autre part ce qu'il abandonne, et comme celui qui dispose à titre universel ne peut mesurer avec discernement l'étendue de ce qu'il donne, il n'y a rien d'étonnant à ce que la loi n'admette comme rémunératoire que la disposition faite à titre particulier.

En second lieu, la disposition universelle a un caractère exclusif, elle écarte les membres de la famille et fait taire souvent les sentiments les plus intimes du cœur ; elle procède fréquemment d'un entraînement irréfléchi et non d'une conscience calme et d'un esprit pondéré ; c'est pourquoi, à cause de la forme même dans laquelle elle est conçue, elle éveille les susceptibilités du législateur dont la préoccupation principale, il ne faut pas l'oublier, est dans l'article 909 la crainte des abus d'influence.

On objecte toutefois que, bien que se manifestant dans la forme d'une disposition universelle, l'intention libérale du disposant n'en subsiste pas moins, que celui qui a voulu le plus a certainement voulu le moins et qu'il peut très bien arriver d'ailleurs qu'un legs à titre universel ou même universel soit d'un chiffre bien moins élevé qu'un legs particulier. Nous répondons, comme le fait M. Voirhaye dans son rapport à la Cour de cassation (arrêt du 21 mars 1870) : « le legs rémunératoire n'est valable que quand la forme concourt avec le fond de choses pour montrer qu'il y a seulement rémunération....., le législateur a pensé que la forme même de l'acte devait révéler la pensée du testateur. » Or, l'art. 909 ayant subordonné la validité de la rémunération à la condition expresse qu'elle sera faite sous la forme d'une disposition à titre particulier, vouloir valider une disposition universelle, ce serait effacer cette condition et violer ouvertement la loi. Il est vrai qu'un legs universel peut être d'une valeur bien moindre qu'un legs particulier ; mais le chiffre de la libéralité n'est pas ce qui importe le plus ici, c'est la forme ; en faisant un legs particulier, le testateur s'est peut-être exagéré le prix d'un service rendu, son erreur est très excusable et les juges peuvent la réparer en réduisant le legs, mais ils ne l'annulent pas, parce qu'au moins le testateur a disposé dans la forme exigée par la loi ; tandis qu'en faisant un legs universel, il a violé ouvertement la loi et la nullité de la disposition s'impose comme sanction du

respect dû à la volonté du législateur. On insiste néanmoins dans l'opinion adverse et l'on dit : réduire un legs universel et le convertir en un legs particulier, ce ne serait pas précisément violer la loi, ce serait plutôt interpréter sagement ses dispositions et faire produire un effet à la volonté du testateur. Est-ce que les volontés dernières ne doivent pas toujours être interprétées dans le sens qui leur donne un effet ? Est-ce que la loi n'a pas subordonné aussi la validité des dispositions rémunératoires à la condition qu'elles seront en proportion avec la fortune du disposant et les services rendus ? Et pourtant quand le testateur n'a pas respecté cette dernière condition, quand il a fait un legs particulier d'une valeur excessive, on n'hésite pas à accorder au juge le pouvoir de le réduire ; pour être logique, il faudrait dire que le testateur n'ayant pas observé cette dernière condition, ayant disposé dans une limite que ne lui permettait pas la loi, son legs bien que fait à titre particulier doit être également annulé. Il faut répondre à cet argument que le testateur a pu ne pas se rendre un compte exact de sa situation et que l'appréciation qu'il a faite de sa fortune peut n'être pas conforme à celle qu'en font les juges ; il eut été bien regrettable alors que la loi eût subordonné la validité du legs aux incertitudes d'une telle évaluation. Mais il ne s'agit pas seulement ici de réduire un legs d'un chiffre trop élevé ; ce que l'on voudrait, c'est convertir un legs universel en un legs particulier, c'est en changer la nature, ce qui est bien plus grave; par cette transformation, on ne respecte pas la volonté du testateur, on la change, on empiète sur des droits que lui seul avait. Suivant l'expression de M. Laurent, t. 11, p. 476, « ce serait faire un testament autre que celui du testateur. Il n'a pas voulu faire un don rémunératoire qu'il avait le droit de faire, et il a fait un legs qu'il n'avait pas le droit de faire : c'est-à-dire que tout est nul. » Le disposant eut-il exprimé formellement que son intention est bien de rénumérer les services rendus, en fai-

sant une disposition universelle, il fait ce qu'il n'a pas le droit de faire et à ce titre la nullité s'impose. (En ce sens, Aubry et Rau, t. 7, p. 33, n. 42 ; Demol., Don., t. 1, n° 531 ; Laurent, t. 11, n° 348; Grenoble 6 févr. 1830, Sir., 31, 2, 186 ; Cass. 21 mars 1870, S. 70, 1, 233 et note de M. Labbé).

B. Dispositions universelles permises en faveur de certains parents. — La loi, par exception, permet dans certains cas au malade de faire à son médecin ou à son confesseur des libéralités universelles, et ce que nous dirons des libéralités universelles est vrai à plus forte raison des libéralités à titre universel et à titre particulier. Pour l'application de cette seconde exception, il faut distinguer deux hypothèses et tenir compte de ce double élément d'appréciation, savoir : d'abord si le défunt laisse, ou non, en mourant des héritiers en ligne directe ; en second lieu, si le médecin ou le ministre du culte qui l'ont traité ou assisté pendant sa dernière maladie sont ses parents et à quel degré.

Première hypothèse. — Le malade est mort en laissant des héritiers en ligne directe. Dans ce cas, il ne peut disposer à titre universel au profit de son médecin ou de son confesseur qu'autant qu'ils sont eux-mêmes au nombre de ces héritiers en ligne directe. Ainsi le *de cujus* laisse son aïeul, son père, son fils et son petit-fils ; s'il a été soigné ou assisté par l'une de ces personnes, le fils sera le seul qui profitera de l'exception établie par l'article 909-2°, parce que seul il est héritier en ligne directe. De même, s'il a laissé plusieurs enfants, comme tous sont ses héritiers en ligne directe, il pourra donner à titre universel, bien entendu dans la mesure de la quotité disponible, à celui de ses enfants qui l'aura traité ou assisté comme médecin ou comme ministre du culte.

Deuxième hypothèse. — Le défunt n'a pas laissé d'héritiers en ligne directe. Dans ce cas, le médecin et le ministre du culte pourront recueillir une disposition universelle du malade qu'ils ont

traité ou assisté, s'ils sont ses parents jusqu'au quatrième degré inclusivement et sans distinguer s'il s'agit d'une parenté en ligne directe ou en ligne collatérale. Ainsi, le *de cujus* laisse en mourant un aïeul et un frère ; il n'y a pas d'héritiers en ligne directe, puisque l'aïeul, bien que parent en ligne directe, est exclu par le frère, parent en ligne collatérale ; en conséquence, la disposition universelle, faite soit à l'aïeul (2e degré), soit à un oncle ou à un neveu (3e degré), soit à un cousin germain (4e degré), sera valable, bien que le bénéficiaire ait traité comme médecin le disposant pendant sa dernière maladie.

On peut supposer une troisième hypothèse, celle où le défunt laisserait à la fois des héritiers dans la ligne directe et dans la ligne collatérale, par exemple, il laisse son père et des frères ou sœurs, ou bien il laisse seulement son aïeul paternel et un oncle dans la ligne maternelle. Comme dans ce cas, la succession se dédouble en deux parts distinctes et que chacune a ses règles particulières, rien ne s'oppose à ce que la disposition universelle faite au médecin parent au moins au quatrième degré s'exécute sur la part revenant à la ligne collatérale, mais elle doit laisser intacte la part recueillie par les héritiers en ligne directe.

Cette manière d'interpréter l'article 909-2° n'a pas été approuvée par certains auteurs. A les en croire, le mot *héritiers* employé par l'article 909-2° ne désignerait pas seulement les *successibles* appelés à recueillir l'hérédité, mais serait synonyme du mot *parents*. Il en résulterait que, dans la distinction des deux hypothèses que nous venons d'examiner, au lieu d'avoir à tenir compte de ce double élément d'appréciation, la qualité de *parents* et la qualité d'*héritiers*, il faudrait seulement se préoccuper de la qualité de *parents*. Alors le seul point à examiner serait celui de savoir si le *de cujus* a, ou non, laissé des *parents* en ligne directe. S'il en a laissé, le médecin peut recevoir à titre universel, quand il se trouve au nombre de ces parents en ligne directe.

Ainsi, dans ce système, bien que le *de cujus* laisse un ou plusieurs enfants, il pourra néanmoins disposer à titre universel au profit de son petit-fils, ou de son père ou de son aïeul qui l'auront traité pendant sa dernière maladie. Mais réciproquement s'il laisse un frère et un aïeul, il ne pourra disposer au profit d'un oncle, d'un neveu ou d'un cousin germain qui l'auront traité comme médecins, et cela, à cause de la présence de l'aïeul qui, bien que n'étant pas héritier, est *parent* dans la ligne directe.

A l'appui de cette doctrine, on fait remarquer l'analogie qui existe entre la disposition de l'article 909 et celle de l'article 907 ; dans l'un comme dans l'autre article, la loi se méfie des abus d'influence et, pour les prévenir, elle frappe d'incapacité le médecin et le tuteur ; or, dit-on, est-ce que le médecin sera plus ou moins porté à abuser de son influence sur le malade, suivant que celui-ci laisse ou ne laisse pas des héritiers en ligne directe ? Nullement. Le fait que les biens du défunt sont recueillis par telle ou telle personne n'a aucun rapport avec le but que poursuit la loi. On conçoit, au contraire, que la loi se soit préoccupée du lien de *parenté* existant entre un malade et son médecin, entre un mineur et son tuteur ; il y a dans les relations qui s'établissent entre les membres d'une même famille une raison qui motive et justifie la libéralité ; aussi la loi n'a-t-elle pas manqué d'en tenir compte aussi bien dans l'article 909 que dans l'article 907 et d'établir en faveur de certains *parents* une exception à la règle générale de l'incapacité. La loi est même moins rigoureuse dans l'article 909 que dans l'article 907, puisque dans ce dernier article l'exception ne profite qu'aux *ascendants* qui sont tuteurs, tandis que dans l'article 909 l'exception s'étend à *tous les parents jusqu'au quatrième degré inclusivement*. Or, comme on le voit, d'après l'article 907, tout ascendant, à cause de sa qualité seule, sans que l'on ait à se préoccuper s'il est ou non héritier, est capable de recevoir du mineur ; à plus forte raison doit-il en être de même

dans l'article 909. En conséquence, il faut décider que tous les ascendants, ou les descendants, qu'ils soient ou non héritiers, par cela seul qu'ils sont parents dans la ligne directe, doivent être relevés de l'incapacité de l'article 909 (En ce sens, Aubry et Rau, t. 7, p. 33, n. 43).

Cette doctrine a le grave inconvénient d'être en contradiction avec le texte formel de l'article 909, lequel oppose dans la même phrase le mot *parents* au mot *héritiers* ; or, ces deux expressions ont un sens précis et une signification bien déterminée et il est certain que, si la loi n'avait pas voulu désigner les successibles appelés à recueillir l'hérédité *ab intestat*, elle se serait bornée à l'expression *parents* qu'elle employait déjà dans le même article. En outre, la doctrine que nous combattons conduirait à de singulières conséquences, si elle était admise ; ainsi, dans l'hypothèse que nous avons examinée précédemment et où le *de cujus* laisse un aïeul et un frère, il ne pourrait, avec ce système, disposer au profit ni d'un oncle, ni d'un neveu, ni d'un cousin germain, qui l'auraient traité ou assisté ; il ne pourrait même pas disposer par donation ou par testament au profit de son frère, qui pourtant est celui-là même auquel la loi attribue la *succession entière* ; et cela, à cause de la présence de l'aïeul qui ne peut profiter en aucune manière de la nullité de la libéralité, et n'a aucun intérêt à ce que les biens soient recueillis par l'un plutôt que par l'autre. Il est donc bien plus raisonnable et plus logique de dire, avec le premier système, que la présence seule d'un *héritier* en ligne directe, d'un ascendant ou descendant appelé à recueillir la succession, fait obstacle à ce que le malade puisse disposer de ses biens au profit de son médecin, qui ne serait pas lui-même héritier. Enfin quand on invoque l'analogie qui existe entre l'article 907 et l'article 909, on oublie que, si ces deux dispositions sont fondées sur le même principe et établissent tous deux des exceptions en faveur des ascendants, elles n'en présentent pas

moins entre elles des différences : ainsi l'article 907 fait une exception en faveur de tous les ascendants, mais pour l'application de cette exception, on n'a à s'enquérir que de cette qualité d'ascendant et nullement de la qualité de ceux qui sont appelés par la loi à recueillir l'hérédité ; au contraire, dans l'article 909, le bénéfice de l'exception est subordonné non-seulement à la qualité de parent, mais encore à la qualité d'héritiers en ligne directe, du moins quand il en existe : ici le législateur décide que, pour que le médecin qui en principe est incapable puisse recueillir un legs universel, il est juste qu'il soit au moins aussi digne d'intérêt que les héritiers en ligne directe à qui son legs va préjudicier. On conçoit dès lors que, les dispositions de la loi étant différentes, les conséquences auxquelles on est conduit ne doivent nécessairement pas être identiques.

La seconde exception établie par l'article 909 est motivée sur ce que les abus d'influence que la loi redoute sont bien moins à craindre, quand la libéralité intervient entre personnes rapprochées par un lien étroit de parenté. Le médecin et le ministre du culte cessent d'être suspects quand ils appartiennent à la famille du disposant, l'intention libérale trouve alors sa justification, non pas dans l'influence que le médecin ou le ministre du culte exercent sur l'esprit du malade à raison de leurs fonctions, mais plutôt dans la réelle affection que les membres d'une même famille éprouvent les uns pour les autres. Mais comme les sentiments de tendresse que chacun a pour les siens s'affaiblissent à mesure que la parenté s'éloigne, du moins dans la ligne collatérale, la loi n'étend la faveur de l'exception que jusqu'aux parents du 4e degré inclusivement. La loi ne comprend pas non plus dans l'exception les alliés (Cass. 12 oct. 1812, Sir., C. N., 1812, 1, 199) et cela se conçoit, on n'a pas pour ses alliés la même affection que pour ses parents. Du reste les dispositions exceptionnelles de la loi doivent être strictement interprêtées : un parent collatéral au

5e degré, par exemple, ne pourrait pas invoquer le bénéfice de l'exception sous le prétexte qu'il est lui-même au nombre des héritiers légitimes du défunt, ou sous ce prétexte que la nullité de la disposition qui lui est faite profiterait non pas à d'autres parents mais à un étranger, tel qu'un légataire universel. (En ce sens, Cass. 7 avril 1863, Sir. 63, 1, 172). La loi, en effet, n'a pris en considération la qualité d'héritier que quand il s'agit de parenté en ligne directe, mais dans la ligne collatérale elle ne se préoccupe nullement de ceux qui recueilleront les biens qu'elle défend de donner au médecin ou au confesseur. Et c'est ce qui prouve que l'article 909, tant dans la règle prohibitive qu'il établit que dans les exceptions qu'il y apporte, tranche une question non pas d'indisponibilité réelle, mais d'incapacité personnelle. On aurait pu toutefois en douter et dire : s'il s'agissait d'une incapacité fondée sur une présomption d'abus d'influence, ce serait uniquement à l'époque où la disposition est consentie et où par conséquent la captation a pu s'exercer, qu'il faudrait examiner la validité de la disposition, les événements ultérieurs n'y pourraient rien changer ; or il n'en est rien, et nous venons de voir précisément que le sort de la libéralité dépend de la composition de la famille, non pas au moment où la disposition est consentie, mais au moment de la mort du disposant ; il y a même plus, car le sort de la libéralité peut même encore être changé par un événement postérieur au décès, telles seraient la renonciation ou l'indignité de tous les héritiers en ligne directe, dont la vocation héréditaire était précisément la cause de l'incapacité du médecin. Ce sont donc là précisément, pourrait-on dire, des règles relatives, non pas à l'incapacité personnelle, mais à l'indisponibilité réelle.

Nous répondons que ces conséquences découlent logiquement du système établi par la loi, mais qu'il n'est nullement nécessaire, pour s'en rendre compte, de voir dans l'art. 909 une règle d'indisponibilité réelle ; qu'y a-t-il d'étonnant à ce que le législateur, en

édictant la prohibition de l'art. 909, ait tenu compte de l'intérêt des héritiers en ligne directe et qu'il se soit montré plus sévère, lorsque la libéralité faite au médecin tend à dépouiller des héritiers appartenant à cette ligne? Mais ce qui prouve bien que la prohibition de l'art. 909 n'a pas pour but la conservation des biens dans la famille, c'est que la loi permet au malade de donner à un étranger ces mêmes biens qu'elle lui défend de donner à son médecin ou à son confesseur.

La seconde exception de l'art. 909 donne lieu à une autre difficulté : supposons que le malade ait été traité pendant sa dernière maladie par l'un de ses frères auquel il fait un legs universel ; il meurt sans laisser de descendants, mais il laisse comme héritiers légitimes son père et deux frères, parmi lesquels se trouve ce frère qui l'a traité comme médecin. Le legs universel sera-t-il maintenu, du moins pour les trois quarts, puisque le père est réservataire pour un quart? A ne consulter que le texte de l'art. 909, le legs doit être déclaré nul, puisque le défunt laisse des héritiers en ligne directe et que le légataire n'est pas lui-même au nombre de ces héritiers en ligne directe. Mais si, au contraire, on consulte l'esprit de la loi, on est conduit à une solution toute différente. Quel est, en effet, le but du législateur? C'est d'empêcher, lorsqu'il existe des héritiers en ligne directe, qu'ils ne soient dépouillés au profit de parents qui ne seraient pas aux yeux de la loi, au moins aussi intéressants qu'eux. Or, dans notre espèce, le frère légataire universel est placé sur le même niveau d'égalité que l'héritier en ligne directe ; comme lui, il est héritier ; donc, il est, aux yeux de la loi, au moins tout aussi digne d'intérêt. De plus, la disposition testamentaire ne tend pas à dépouiller l'héritier en ligne directe, puisque le père pourra dans tous les cas réclamer en vertu de sa réserve la même part héréditaire ; peu importe donc pour lui que le legs soit maintenu ou qu'il soit annulé. Nous devons donc décider, avec l'esprit de la loi, que le

legs consenti au frère, qui est lui-même héritier, est valable. Enfin remarquons que cette solution n'est pas contraire au texte de la loi, qui déclare la disposition nulle, lorsqu'il existe des héritiers en ligne directe, « *à moins*, ajoute l'art. 909, *que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même au nombre de ces héritiers* » ; ainsi, la loi ne dit pas précisément qu'il doit être lui-même héritier *en ligne directe*, il suffit simplement qu'il soit au nombre de ceux à qui la succession *ab intestat* est dévolue. (En ce sens, Demol., Don., t. I, n° 541).

C. — On s'est demandé si les deux exceptions que nous venons d'étudier sont les seules qu'il soit permis d'apporter à la règle générale d'incapacité établie par l'art. 909 et si la loi, qui fait fléchir la rigueur de sa prohibition en considération soit de la reconnaissance des services rendus, soit de l'affection qui existe entre les membres d'une même famille, ne relève pas également de l'incapacité le médecin ou le ministre du culte, dont les relations avec le malade auraient leur origine dans les rapports d'une étroite amitié ou même dans les liens du mariage. Troplong (Don., t. II, p. 232, n° 640), enseigne que « la qualité de médecin ne doit pas effacer celle d'ami. » Suivant cet auteur, l'amitié peut, au moins autant que la reconnaissance, être le mobile de l'intention libérale ; ce qu'il importe, avant tout, c'est de rechercher quelle a été la cause déterminante de la disposition faite au médecin ou au ministre du culte ; cette cause se trouve-t-elle dans les soins donnés pendant la dernière maladie ? Il faut annuler la libéralité ; mais au contraire réside-t-elle dans les relations qui naissent d'une amitié déjà ancienne et bien antérieure à la dernière maladie ? En pareil cas, ce n'est pas le médecin que le malade a voulu gratifier, c'est l'ami. C'est ainsi, ajoute Troplong, que le décidait l'ancienne jurisprudence (Poth., Don. ent. vifs, sect. I, art. 1, § 8). C'est encore en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans son arrêt du 24 juillet 1832 (Sir. 32, 1, 503).

Cette doctrine est généralement repoussée. Il faut d'abord écarter l'argument de notre ancien droit ; nous savons que l'incapacité des médecins et des confesseurs ne résultait pas directement de l'ordonnance de 1539, mais de l'extension que lui avait donnée la jurisprudence ; elle reposait non pas sur une disposition formelle et précise de la loi, mais sur une simple présomption n'excluant pas la preuve contraire et pour l'admission de laquelle tout dépendait des circonstances de la cause ; les juges étaient donc autorisés à maintenir la libéralité, toutes les fois qu'elle leur apparaissait non pas comme le résultat d'une influence abusive, mais comme ayant sa cause dans les rapports d'une amitié préexistante. Or, il n'en est plus de même de notre droit actuel ou l'incapacité est fondée sur la loi elle-même et sur une présomption *juris et de jure* que les magistrats sont forcés d'appliquer en fermant les yeux tant sur les motifs qui l'ont fait édicter que sur ceux qui ont provoqué et déterminé la libéralité. D'ailleurs, que deviendrait la règle établie par l'article 909 si, pour en écarter l'application, ceux qui sont frappés d'incapacité étaient admis à invoquer le *titre d'ami* ? Est-ce que le médecin et le confesseur ne sont pas presque toujours les amis du malade qui réclame leurs soins ou leurs consolations ? On conçoit dès lors qu'admettre une exception en faveur du médecin ou du confesseur *ami* du malade, c'est demander, ou peu s'en faut, l'abrogation de l'article 909. Ajoutons que l'arrêt de 1832, invoqué par doctrine adverse, ne peut avoir la portée juridique qu'on veut bien lui attribuer. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, le légataire était un jeune homme que le testateur avait recueilli dès l'enfance et qu'il avait, pendant près de 30 ans, élevé comme son propre fils ! ces faits sont constatés par l'arrêt lui-même ; on voit déjà qu'il existait entre le disposant et bénéficiaire des relations bien autrement intimes que celles engendrées par le titre souvent un peu vague d'ami. Mais il y a plus : le légataire, à la

nouvelle de la maladie de son bienfaiteur, était accouru de Paris où il faisait ses études de médecine, avait soigné le malade, avait prescrit et préparé pour lui des médicaments. Ces faits constituaient un traitement, sans aucun doute; mais, il ne faut pas l'oublier, le traitement n'est pas l'unique condidion exigée pour l'incapacité de l'article 909 ; ce jeune homme n'était ni un médecin de droit, ni un médecin de fait ; il ne pouvait même pas être assimilé à l'un de ces empiriques ou à l'une de ces personnes qui plus ou moins habilement exercent l'art de guérir ; c'est tout à fait accidentellement et en n'écoutant que l'impulsion de son dévouement qu'il avait mis sa science au service de son bienfaiteur; on peut donc dire que l'on ne se trouvait pas dans les termes ni les conditions de l'art 909 et l'on conçoit dès lors parfaitement que la Cour ait hésité à appliquer l'incapacité. Dans tous les cas, ce ne serait encore là qu'un arrêt d'espèce, rendu en considération de circonstances tout à fait exceptionnelles et dont la doctrine que nous combattons ne peut rien conclure, puisque l'arrêt en question valide au legs universel fait à titre rémunératoire. Or, on n'ose pas aller jusque-là et soutenir que le legs universel fait à titre rémunératoire est valable, car ce serait contraire au texte formel de l'article 909-1° ; et, s'il s'agit d'un legs à titre particulier, son caractère rémunératoire suffit à lui seul pour le rendre valable, et il n'est pas nécessaire qu'il soit en outre motivé par des relations d'amitié (En ce sens, Toulouse, 10 mai 1856, Sir. 57, 2, 97 ; Bordeaux, 12 mai 1862, Sir., 63, 2, 25 et Cass. 7 avril 1863, même affaire, S. 63, 1, 172).

Une question plus douteuse est celle de savoir si l'incapacité atteint le médecin ou le ministre du culte qui aurait traité ou assisté son conjoint pendant la maladie dont celui-ci est mort. Une opinion qui est soutenue par la majorité des auteurs et à laquelle s'est ralliée la jurisprudence, décide que le mari médecin ou ministre du culte (protestant ou israélite) n'est pas frappé de

l'incapacité de l'article 909. Il y a, pour le décider ainsi, d'excellentes raisons. D'abord le mari doit à sa femme pendant le mariage secours et assistance (art. 212) ; si, dans le cours d'une maladie, il l'assiste personnellement comme c'est son devoir de mari, s'il lui prodigue les secours de son art comme c'est son devoir de médecin, peut-il être frappé d'une déchéance à raison précisément de l'accomplissement de ce double devoir ? Que l'on ne dise pas que les abus d'influence contre lesquels la loi a voulu mettre en garde le disposant seront bien plus à redouter en pareil cas, puisque la malade aura à résister contre l'ascendant que donne cette double qualité d'époux et de médecin (ou de ministre du culte). Quand il s'agit de deux époux, l'influence que l'un peut avoir sur l'autre n'est pas plus particulièrement à craindre en cas de maladie que dans les autres circonstances de la vie ; elle ne dépend pas non plus de telle qualité ou profession du mari plutôt que de telle autre ; c'est dans toutes les phases de l'existence, c'est surtout dans les rapports intimes de la vie commune que peut prendre naissance et s'exercer l'influence d'un époux sur l'autre. Ce n'est donc pas seulement le mari médecin ou ministre du culte qu'il aurait fallu frapper d'incapacité ; ce sont tous les maris. La loi, qui s'est rendu compte de cette situation particulière, a eu soin de protéger la liberté de chaque époux et de la garantir contre les entraînements de l'affection conjugale ; c'est pour cela qu'elle a décidé que toute libéralité intervenant entre époux pendant le mariage serait essentiellement révocable au gré du disposant (art. 1096). Cette garantie, elle l'a jugée suffisante, et c'est pourquoi elle n'en a pas établi d'autre.

Conçoit-on d'ailleurs que la loi dans l'art. 909 ait établi une exception en faveur des parents jusqu'au 4e degré inclusivement et qu'elle ait laissé de côté le conjoint ! On dit que, quand la libéralité s'adresse à un parent, à un cousin germain par exemple, elle a été déterminée non par l'influence du médecin, mais par

l'affection du disposant pour son parent ; mais est-ce que l'affection qu'une femme éprouve pour son mari n'est pas ordinairement bien plus puissante que celle qu'elle porte à ses parents les plus proches ? et alors, pourquoi cette affection ne la déterminerait-elle pas à faire à son mari les avantages qu'elle peut faire à ses parents ? La vérité, c'est que la loi n'a pas compris le mari parmi les personnes exceptées de l'incapacité, par cette raison toute simple que, ne l'ayant pas fait entrer dans la règle, elle n'avait pas à le comprendre dans l'exception. Elle avait, en effet, dans les art. 1091-1100 réglementé d'une manière complète tout ce qui concerne les dispositions entre époux ; spécialement, dans l'art. 1094, elle avait autorisé les époux à se faire des libéralités entre eux ; elle avait tracé là des règles générales, devant s'appliquer à tous les époux sans distinction, elle n'avait donc pas à revenir sur ce sujet dans l'art. 909. (En ce sens, Demol. Don. t. 1, n° 543 ; Marcadé, t. 3, sur l'art. 909, n° 3 ; Aubry et Rau, t. 7, § 649, p. 54 ; Cass. 30 août 1808, Sir., C. N., 2e vol. 1, 573).

Quelque sérieuse et bien fondée que paraisse cette doctrine, il faut reconnaître qu'elle n'est pas universellement acceptée et qu'on lui oppose certaines objections qui sont de nature à faire naître quelque hésitation. A l'argument tiré de l'art. 212, on répond que le médecin, à cause de son titre même, a le devoir de soigner tous les malades qui l'appellent à leur secours et l'accomplissement de ce devoir ne l'en rend pas moins incapable de recevoir de ceux qu'il traite. En outre, qu'on ne dise pas que les art. 1091-1100 ont réglementé d'une manière générale la capacité du mari médecin et que l'art. 909 n'avait pas à régler cette situation tout exceptionnelle ; en réalité, le législateur, en s'occupant des libéralités entre époux, n'a sans doute pas songé au cas assez rare d'un mari recevant une libéralité de sa femme qu'il a soignée pendant la maladie dont elle meurt ; cette question a été réglée par l'art. 909 et en eût-il été autrement, il n'y aurait du reste dans cette

manière de procéder du législateur rien que de juridique et de normal. La loi, en effet, en traitant des donations entre époux, a très bien pu établir une règle générale de capacité, puis, par une disposition spéciale, édicter une incapacité pour un cas tout particulier, tel que celui prévu par l'art. 909. Sans doute, il aurait été tout naturel que le législateur traitât le mari au moins aussi favorablement que les proches *parents* et qu'il regardât la disposition entre époux comme suffisamment motivée par l'affection conjugale. Mais qui oserait affirmer, après tout, qu'il n'y a pas là une situation volontairement et sciemment réglée par le législateur? Sans doute, on peut s'étonner de voir les parents mieux traités que le mari, mais est-ce là le seul cas? Est-ce que dans le règlement de la succession légitime, par exemple, la loi n'a pas placé le conjoint tout-à-fait au dernier rang, après l'enfant naturel, après le collatéral du 12e degré, même consanguin ou utérin ; et pourtant là aussi on peut dire que, dans l'affection de son conjoint, l'époux survivant occupait peut-être le premier rang. S'il y a une lacune dans la législation, on peut la regretter législativement, mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de la combler.

Pour lui, ce qui est certain c'est que l'art. 909 édicte une règle générale qui frappe d'incapacité tout malade et tout médecin, dans leurs rapports entre eux ; la loi n'a pas distingué s'il s'agit, ou non, d'un mari traitant sa femme ; elle a établi deux exceptions à la règle, mais elle n'y a pas compris le mari médecin. Celui-ci, ne pouvant pas invoquer les exceptions, reste donc sous l'empire de la règle générale d'incapacité (En ce sens, Laurent, t. 11, n° 353).

Quoi qu'il en soit de la valeur de ces objections, la doctrine et la jurisprudence admettent généralement que le mari, bien qu'ayant traité sa femme pendant la maladie dont elle meurt, peut néanmoins recevoir d'elle des libéralités pendant cette même maladie. On adopte encore cette solution, même dans le cas où le

mariage n'aurait été contracté que pendant le cours de la maladie et sans distinguer si le traitement ou l'assistance avait, ou non, commencé à une époque antérieure à la célébration du mariage. On en donne cette raison que la loi ne défend pas de se marier, même en état de maladie ; le mariage ainsi contracté, étant valable, doit produire tous les effets d'un véritable mariage ; or l'article 909, dit-on, ne s'applique pas aux libéralités qui interviennent entre époux ; en conséquence, il laisse subsister intacts les avantages que la femme fait à son mari tant dans leur contrat de mariage que postérieurement à sa célébration. (Cass. 21 août 1822, Sir., C. N., 7e vol., 1, 1, 129 ; *contra*, Paris, 24 févr. 1817, Sir., C. N., 8e vol., 2, 241).

Mais il en serait autrement des dispositions qui auraient été consenties antérieurement à la célébration du mariage en faveur du médecin futur époux pendant la maladie dont il avait entrepris le traitement, si ces dispositions avaient été constatées dans un acte distinct du contrat de mariage. Cet acte de libéralité, en effet, intervient entre deux personnes qui, au moment où il est fait, sont incapables, l'une de disposer, l'autre de recevoir ; or le mariage postérieur ne veut valider un acte qui est nul dès son origine et d'ailleurs, quand il s'agit de la capacité du disposant, cette capacité doit exister à l'époque même où la libéralité est consentie, qu'il s'agisse soit d'un contrat de donation soit d'un testament.

Toutefois on admet généralement (Aubry et Rau, t. 7, p. 34, § 649) que les héritiers de la femme seraient admis à prouver, ou bien que le mariage n'a été contracté que dans le but d'échapper à la prohibition de l'article 909, ou bien même que la libéralité n'a pas été librement déterminée par l'affection conjugale, mais qu'elle dérive de l'empire que le médecin exerçait sur la malade en vertu de la pratique de son art et de l'abus qu'il en aurait fait pour obtenir la libéralité (En ce sens, Paris, 24 févr. 1817, S.,

C. N., 5e vol., 2, 241 ; Paris, 26 janv. 1818 et Cass., 11 janv. 1820, même affaire S., C. N., 6e vol., 1, 164).

En somme ce système de la jurisprudence aboutit à ce singulier résultat qu'il met à charge des héritiers du disposant une preuve souvent fort difficile et qu'à raison précisément de cette difficulté la loi avait voulu suppléer par une présomption légale. C'est retomber dans l'incertitude et l'arbitraire que le législateur avait voulu éviter. Avec ce système, les tribunaux auront encore à apprécier, d'après les circontances problématiques de la cause, si le mariage n'a été qu'un moyen employé pour faire fraude à la loi, ou bien si la libéralité a été véritablement déterminée par l'affection que le mari avait su inspirer à sa femme. Ce sont là des questions fort délicates et difficiles à résoudre. Devant toutes ces incertitudes de preuve, on est bien porté à croire que la véritable pensée du législateur a été plutôt de rendre la prohibition de l'article 909 applicable à tous les médecins et ministres du culte, sans distinguer s'il s'agit, on non, d'un mari ayant traité sa femme. Toutefois, si on rejette ce système comme trop radical, pourquoi au moins ne pas mettre à la charge du légataire la preuve que le mariage a été contracté de bonne foi? Est-il raisonnable de présumer encore la bonne foi du médecin et du ministre du culte, lorsque l'on se trouve en présence d'un mariage contracté avec une malade, pendant la maladie dont elle meurt peu de temps après, et lorsque ce mariage a été accompagné ou suivi de libéralités universelles faites par la malade au mari son médecin. Nous préférons l'opinion émise sur ce point par M. Duranton (t. 8, n° 257) lorsqu'il écrit : « il ne faut pas que la sainteté du mariage soit un moyen de couvrir une fraude faite à la loi. Un homme qui ne contracte qu'avec la mort, pour ainsi dire, en vue de s'approprier une fortune qu'il est incapable de recueillir à raison de sa qualité de médecin du disposant, réunit en sa personne l'indignité et l'incapacité, et l'une ne saurait couvrir l'autre. »

CHAPITRE IV. — Incapacité des officiers de vaisseau, des notaires et des témoins instrumentaires

I. *Officiers maritimes.* — L'incapacité des officiers de vaisseau avait été consacrée, comme nous l'avons vu précédemment, par l'ordonnance de 1681 sur la marine ; elle a été reproduite par le Code civil en ces termes : article 997 « le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers de vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur ». Cette incapacité est fondée, comme celles édictées par les articles 907 et 909, sur la crainte des abus d'influence ; l'officier sur son navire dispose d'une autorité à peu près absolue ; la loi craint qu'il n'abuse de cette autorité pour se faire consentir un legs par les personnes dont le sort est momentanément placé entre ses mains ; mais comme cette autorité cesse en même temps que le voyage, il en est de même de l'incapacité ; en conséquence l'officier pourrait recueillir un legs fait à son profit par un ex-passager qui, descendu sur terre et le voyage terminé, aurait testé dans la forme accoutumée.

L'incapacité de l'article 997 ne concerne que les dispositions testamentaires et n'a pas d'application, quant aux donations ; mais, par contre, elle est applicable à tout testament fait sur mer, même en la forme olographe. C'est ce que décidait déjà l'Ordonnance de 1881 (art. 1 et 3) et c'est ce qui résulte encore du rapprochement des articles 996 et 997 ; l'article 996 a soin, en effet, d'exprimer qu'il ne s'occupe que des testaments faits sur mer *en la forme de l'article* 988, tandis que notre article 997 est général dans ses termes et ne fait aucune distinction entre les diffé-

rentes formes de testaments faits sur mer. D'ailleurs il y a même raison de décider qu'il s'agisse d'un testament olographe ou d'un testament revêtu des formes solennelles de l'article 988. Est-ce qu'en effet il ne serait même pas plus facile à un officier d'abuser de son autorité sur celui qui teste en la forme olographe et par conséquent sans le contrôle de qui que ce soit, que sur l'homme qui du moins a recours aux formes protectrices de l'acte public?

L'article 997 frappe d'incapacité tous les officiers ayant ce grade à bord du bâtiment sur lequel est fait le testament, mais les officiers seulement, et par conséquent il ne s'applique ni aux gens de l'équipage ni aux passagers. Si l'officier légataire est resté étranger à la rédaction de l'acte testamentaire, s'il n'y a assisté ni comme officier public recevant ni comme témoin, il est évident que le testament ne doit pas être annulé dans toutes ses dispositions, mais seulement en ce qui concerne les libéralités faites à l'officier incapable. L'article 3 de l'ordonnance de 1681 ne laissait aucun doute à cet égard, puisqu'il ne mentionnait comme entachées de nullité que les *dispositions au profit des officiers*; notre article 997 est conçu dans une forme plus générale, il est vrai, puisqu'il exprime que « le testament fait sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers », mais cela ne veut pas dire que le testament soit nul pour le tout et cette différence de rédaction est sans importance, car l'incapacité d'un légataire ne peut évidemment pas empêcher ses colégataires d'être et de rester capables. — Mais on peut se demander si le testament devra encore être maintenu dans son entier, lorsque l'officier légataire y a figuré soit comme témoin instrumentaire, soit comme officier public rédacteur. Distinguons : si l'officier légataire assiste à la rédaction du testament en qualité de témoin, le testament est nul, non pas en vertu de l'article 997 qui n'a pas prévu ce cas, mais en vertu de l'article 975 lequel édicte, non pas une règle de capacité, mais une règle de forme applicable, comme

toutes les dispositions de la sect. 1 du chap. V, dont l'article 975 fait partie, aussi bien aux testaments d'exception qu'aux testaments ordinaires. Or, aux termes de l'article 975, un légataire ne peut être comme témoin instrumentaire, et la sanction de cette disposition, c'est la nullité du testament dans son entier (art. 975 et 1001 combinés). Mais en sera-t-il de même, si l'officier légataire a reçu lui-même le testament ? Oui, dit-on ; *nemo potest esse auctor in rem suam* (Demol., Don. et Test., t. 4, n° 468). Nous croyons, au contraire, que seul le legs fait à l'officier rédacteur doit être déclaré nul en vertu de l'article 997, mais non pas le testament dans son entier. En matière d'incapacité, on ne peut pas raisonner par analogie ; pour qu'il y ait nullité, il faut un texte formel ; or nous ne trouvons dans le Code civil aucun texte prononçant la nullité d'un testament par cela seul qu'il contiendrait un legs au profit de celui qui le reçoit. Nous n'ignorons pas que l'incapacité du notaire instrumentaire résulte de la loi du 25 ventôse an XI, mais qui oserait soutenir qu'une loi spéciale sur le notariat soit applicable au cas tout particulier qui nous occupe !

L'officier maritime devient capable, s'il est parent du testateur. C'est une exception analogue à celles consacrées par les articles 907 et 909 et qui, comme elles, repose sur ce motif que l'affection entre parents est une cause suffisante de la libéralité et écarte tout soupçon d'influence abusive. Seulement cette exception est plus étendue que celles des articles 907 et 909, puisqu'elle profite à tous les parents, sans distinction de ligne ni de degré. Il n'en faudrait pas conclure toutefois qu'il s'agit d'une parenté *in infinitum*, sans cela il n'y aurait plus d'incapacité, puisqu'en remontant l'échelle des générations, on trouverait que tous les hommes sont parents entre eux. En réalité, la loi ne reconnaît pas de parenté au delà du 12e degré, puisque là s'arrête la vocation héréditaire.

II. *Des notaires.* — Aux termes de l'article 8 de la loi du 25

ventôse an XI, « les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. » De cet article 8 résulte certainement l'incapacité des parents ou alliés du notaire ; ainsi ils ne peuvent recueillir un legs contenu dans un testament qui aurait été reçu par un notaire, leur parent ou allié. C'est là une incapacité relative de disposer ou de recevoir. Mais cette incapacité atteint-elle le notaire lui-même? Évidemment, répond-on ; sinon, concevrait-on qu'un legs reçu par un notaire fût nul, parce qu'il s'adresse, par exemple, au neveu du notaire, tandis qu'au contraire il serait valable, s'il était fait au notaire lui-même ! Si la loi suspecte l'impartialité du notaire, quand l'intérêt de ses parents ou alliés est en jeu, à plus forte raison doit-il en être de même quand c'est son intérêt personnel. Cette considération est très sérieuse, mais c'est le seul argument dont on a prétendu faire découler l'incapacité du notaire ; on a soutenu, il est vrai, que ces derniers mots de l'article 8 « *qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur* » s'appliquent aussi bien aux notaires eux-mêmes qu'à leurs parents ou alliés ; mais la construction grammaticale de la phrase ne permet pas cette interprétation et prouve que les parents ou alliés du notaire sont seuls compris dans les termes de l'article 8 *in fine*. Reste donc seulement l'argument *à fortiori* dont nous avons parlé plus haut. Est-il suffisant pour fonder l'incapacité du notaire ? C'est ce qu'ont pensé la jurisprudence et la doctrine (En ce sens, Orléans 5 mai 1849, Sir. 49, 2, 453 ; Riom 23 mai 1855, Sir. 56, 2, 717).

Remarquons que l'incapacité du notaire et de ses parents ou alliés entraîne non seulement la nullité de la disposition qui leur est faite, mais aussi la nullité du testament dans lequel elle est coutume. Cette solution pourrait au premier abord paraître exces-

sive, puisque l'incapacité de l'un des légataires n'entraîne pas l'incapacité de ses colégataires ; mais la nullité du testament tout entier est la conséquence de ce que l'article 8 de la loi de ventôse, en même temps qu'il déclare le notaire et ses parents ou alliés incapables, règle une question de forme ; or, aux termes de l'article 68 de la même loi, l'absence d'une des formalités prescrites par l'article 8 entraîne la nullité du testament tout entier.

III. *Des témoins instrumentaires.* — L'article 975 du Code civil est ainsi conçu : « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. » En édictant cette incapacité, la loi a craint qu'un témoin ne soit placé entre son devoir et son intérêt et que la voix du devoir ne soit étouffée si, appelé devant la justice pour faire connaître les causes de nullité du testament, il se trouvait placé dans l'alternative ou de se taire pour ne pas faire tomber le testament, ou de dire la vérité et de perdre ainsi le bénéfice du legs fait à lui-même ou à l'un de ses proches.

L'incapacité atteint non seulement les témoins, mais encore leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. En mentionnant les alliés, la loi n'a rien dit du conjoint, mais il faut reconnaître qu'il est frappé de la même incapacité ; il serait, en effet, absurde qu'une femme, par exemple, soit incapable d'être légataire, parce que le frère de son mari a été témoin dans le testament et qu'elle devint capable, si ce témoin, au lieu d'être son beau-frère, eût été son propre mari. Un témoin a bien plus d'intérêt au maintien du legs fait à son conjoint qu'à la validité du legs fait à l'un de ses alliés.

L'incapacité qui résulte de l'alliance subsiste-t-elle même après que le conjoint qui la produisait est mort sans postérité ? On pourrait dire que l'alliance est produite par le mariage et que la cause, venant à disparaître, l'effet doit cesser avec la cause qui le pro-

duit (Laurent, t. 13, n° 275). La jurisprudence et la doctrine n'ont pas adopté cette manière de voir : « Attendu, dit la Cour de cassation (arrêt du 4 nov. 1868, Sir., 69, 1, 18), qu'aucune disposition de la loi ne fait cesser d'une manière absolue l'alliance par le décès sans enfants de la personne qui l'avait produite ; que ce décès modifie seulement quelques effets de l'alliance dans les cas où la loi s'en explique expressément. » Et, en effet, les articles 161 et 162 du Code civil, 283 et 378 Code de procédure maintiennent les effets de l'alliance, sans distinguer si le mariage qui la produit subsiste encore ou a pris fin. Seul l'article 206 Code civil fait cesser la dette alimentaire avec l'existence du conjoint mort sans postérité, mais c'est là une disposition exceptionnelle de la loi et dont le caractère s'explique précisément à cause de la nature même de la dette alimentaire, laquelle est surtout très lourde pour le débiteur. D'ailleurs l'article 206 lui-même est d'accord avec notre doctrine, car si la loi avait entendu que l'alliance cessât de plein droit par la mort sans enfants du conjoint qui la produisait, elle se serait bornée à la première disposition de l'article 206 et n'aurait pas eu besoin d'ajouter que la dette alimentaire disparaît en cas de décès du conjoint sans enfants ; c'était là une conséquence se déduisant naturellement de la pensée que l'on prétend avoir été celle du législateur. (En ce sens, Nîmes 28 janv. 1831, Sir. 31, 2, 292 ; Cass. 16 juin 1834, Sir. 34, 1, 729).

L'article 975 s'applique à tous les légataires, « *à quelque titre qu'ils soient* » ; ainsi il n'y a pas à distinguer entre le legs universel et le legs particulier, entre le legs à terme ou sous condition et le legs pur et simple. Par exemple, un testateur institue légataire universel, mais à la charge par celui-ci de ne réclamer à ses débiteurs les sommes qu'ils lui doivent qu'une année après son décès, et les intérêts seulement à partir de son décès. Le testateur accorde ainsi à ses débiteurs deux avantages : d'une part,

un an d'atermoiement pour se libérer et, d'autre part, l'abandon des intérêts échus au jour du décès. Tous les débiteurs deviennent donc ainsi des légataires. Or, parmi les témoins du testament qui contenait cette clause, se trouvait par hasard le beau-frère de l'un des débiteurs, lequel s'était même porté caution solidaire de la dette. La Cour de Riom le déclara incapable de concourir comme témoin à la confection du testament et en conséquence annula tous les legs (23 mai 1855, S. 56, 2, 718). Cette décision est juridique, mais il faut avouer que la loi est d'une rigueur excessive ; il arrive ainsi que la disposition de l'article 975, qui est édictée dans le but de protéger la libre volonté du testateur, n'aboutit, en dernière analyse, qu'à en paralyser les manifestations les moins équivoques. Ainsi, dans une espèce analogue à la précédente, le testateur avait fait remise à tous ses débiteurs des intérêts qui seraient échus et dus au jour de son décès. A l'époque du décès, le notaire, qui avait reçu le testament, se trouva au nombre des débiteurs et appelé ainsi à profiter du legs, mais il n'était pas prouvé qu'il fût déjà débiteur au moment de la confection du testament ; devait-il, dans ces conditions, être déclaré incapable de recevoir, et le testament devait-il, par suite, être annulé ? La Cour de Lyon répondit affirmativement, mais son arrêt fut cassé (Cass. 20 juin 1827, Sir., C. N., 8e vol., 1, 622). La Cour de cassation a reculé devant les conséquences extrêmes auxquelles conduit l'article 975 et pourtant la Cour d'appel avait bien jugé. Qu'a voulu, en effet, le législateur ? Que le notaire ou les témoins n'eussent aucun intérêt personnel au maintien de l'acte et ne fussent ainsi poussés à en dissimuler les causes de nullité. Dans l'espèce, le notaire se trouvait être légataire au jour du décès et, par suite, intéressé au maintien du testament ; il avait donc été incapable de recevoir ce même testament.

Le legs fait à un témoin, ou à l'un de ses proches, est nul, et il n'y a pas à se préoccuper de la modicité de la libéralité, ni du

motif qui l'a inspirée. Ainsi, un testateur lègue six couverts d'argent à chacun des deux témoins qui l'assistent dans son testament, c'était là évidemment un simple souvenir d'amitié laissé par le défunt et qui ne pouvait avoir aucune influence sur l'impartialité des témoins, hommes d'ailleurs honorables, et que leur situation de fortune mettait à l'abri du soupçon ; ces faits sont constatés et reconnus par les premiers juges, mais néanmoins la Cour de cassation annule ces libéralités et en conséquence le testament dans son entier : « Les testaments, dit la Cour, ne peuvent être livrés à des appréciations arbitraires de la quotité des legs, de la valeur des successions et de la qualité des personnes » (Cass. 13 déc. 1847. Sir. 48, 1, 272).

Le legs serait encore nul, bien que fait à titre rémunératoire. Cette solution est incontestable, quand les services que le testateur a voulu rémunérer n'étaient pas appréciables en argent et ne pouvaient pas donner lieu à une action en justice ; il est évident que, dans ce cas, c'est une véritable libéralité qui est consentie par le testateur. Mais il en serait de même si, bien que les services rendus fussent appréciables en argent et de nature à engendrer une action en justice, les droits du créancier n'en étaient pas moins susceptibles d'une contestation ; dans ce cas, le testateur, en léguant à son créancier ce que celui-ci pourrait lui réclamer, fait une reconnaissance de dette ; le créancier y trouve son intérêt, puisque cette reconnaissance de dette lui garantit ses droits pour l'avenir et lui évite peut-être les frais et les ennuis d'un procès. A ce titre il est intéressé au maintien du testament et par conséquent son concours en qualité de témoin le rend incapable et entraîne la nullité de l'acte testamentaire tout entier (Bordeaux, 3 avril 1841, Sir., 41, 2, 361). Pour qu'on ne puisse pas trouver une véritable libéralité dans la reconnaissance de dette, il faudrait que la dette procédât d'une cause étrangère au testament et qu'elle fût constatée par un acte préexistant et non prescrit ; dans ce cas,

on peut dire que le créancier ne puise aucun droit nouveau dans ce testament, et comme, dans cette hypothèse, il n'y aurait pas de libéralité à son profit, l'acte serait valable, bien que le créancier eût concouru à sa rédaction en qualité de témoin (Cass., 4 mai 1840, Sir. 40, 1, 401).

Il n'est pas toujours facile de discerner si la disposition contenue dans un testament constitue une véritable libéralité testamentaire, ou n'est, au contraire, que la rémunération d'un service ou l'acquittement d'une dette. Ainsi un testateur déclare qu'ayant été très satisfait de son homme d'affaires, il désire que son légataire universel lui laisse entre les mains l'administration de ses biens au moins pendant les deux années qui suivront son décès ; et le testateur ajoute que, faute par le légataire de se conformer à cette condition, il *donne et lègue* à son homme d'affaires deux ans de gages en sus de ceux qui lui seraient dus au moment du renvoi. La Cour de Toulouse décida que cette clause n'avait pas le caractère d'une disposition à titre gratuit et ne contenait autre chose que l'obligation pour le légataire de payer un salaire en échange des services éventuels que devait rendre l'homme d'affaires. Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation qui décida que le fait par le testateur d'avoir donné à son homme d'affaires une somme à prendre sur sa succession, somme que son héritier était obligé de lui remettre, constituait un legs, et, comme les témoins du testament étaient parents au degré prohibé du légataire, le testament fut annulé. Sur le renvoi de l'affaire, la Cour d'Agen maintint la solution primitivement adoptée par la Cour de Toulouse, mais appuya sa décision sur d'autres motifs. Suivant la Cour de renvoi, antérieurement au testament il était intervenu entre le testateur et son homme d'affaires un contrat synallagmatique en vertu duquel celui-ci était chargé de la gestion de propriétés pour une période de temps indéterminée ; si dans ces conditions le maître avait congédié son régisseur brus-

quement et sans motifs, celui-ci aurait eu droit à des dommages-intérêts; or, dit la Cour d'Agen, ce sont précisément ces dommages-intérêts qui lui sont accordés sous forme de legs et à raison de l'inexécution prévue du contrat de louage d'ouvrage intervenu entre les parties. Il y eut de nouveau pourvoi en Cassation contre ce second arrêt, mais cette fois la Cour, décidant que les juges du fait avaient apprécié souverainement une convention intervenue entre les parties contractantes et que l'interprétation était différente, rejeta le pourvoi et le testament fut validé (Cass., 4 août 1851, Sir. 51, 1, 662 et 10 août 1853, Sir. 53, 1, 533).

Enfin, pour que le legs soit nul, il faut que la libéralité s'adresse et profite à la personne elle-même qui a été témoin du testament. Ainsi un testateur fait un legs à une ville ou à une église; ce ne sont pas les habitants de cette ville, ni le curé ou le desservant de cette église qui sont personnellement gratifiés par ce legs et par conséquent leur concours comme témoins du testament n'en entraîne pas la nullité. Il en serait de même dans le cas où le testateur aurait fait un legs à une église à la charge par le ministre du culte, qui serait en exercice lors du décès, de célébrer des messes à son intention jusqu'à concurrence de la valeur de ce legs. Une telle libéralité serait valable, quand bien même le desservant qui a servi de témoin dans le testament serait encore en exercice à l'époque du décès et profiterait ainsi indirectement du legs ; c'est qu'en effet ce legs ne s'adressait pas à la personne même du desservant qui a servi de témoin, ce qui serait nécessaire pour la nullité du testament, mais à une personne indéterminée, au ministre du culte qui serait en exercice dans telle paroisse à l'époque du décès. Exprimée dans ces termes, la volonté du testateur n'est pas de faire une libéralité, mais plutôt d'imposer une charge à sa succession et de rétribuer le ministre, quel qu'il soit, qui aura fait des prières pour lui (Angers 13 août 1807 Sir., C. N., 2e vol., 2, 287 et Cass. 11 sept. 1809, Sir., C. N., 3e vol., 1, 107).

Ce qui constitue l'incapacité de l'art. 975, c'est la réunion dans la même personne de la qualité de légataire et de celle de témoin. En d'autres termes, s'il est nécessaire, comme nous venons de le voir, que la personne prétendue incapable soit réellement légataire, il faut aussi qu'elle ait réellement servi de témoin dans le testament. Il est quelquefois difficile de décider si le légataire, présent lors de la confection du testament, y a assisté en qualité de témoin. Il ne peut guère y avoir de doute sur ce point si le légataire a été seulement présent à la dictée, à l'écriture et à la lecture du testament, mais n'y a pris aucune part comme témoin instrumentaire et si, par exemple, il n'a pas signé ; sa présence était inutile, elle était même peu convenable, mais elle ne serait pas une cause de nullité de la disposition qui lui est faite. En serait-il de même si le légataire avait figuré au testament et y avait signé comme témoin de surcroit ; par exemple, le testament est reçu par un notaire assisté de cinq témoins tous capables et le testateur fait un legs à l'un de ces témoins. On décidait dans notre ancienne jurisprudence et on décide encore aujourd'hui qu'il n'y aurait pas là une cause de nullité, puisque le testament réunit toutes les formes et conditions requises par la loi. Toutefois il en serait autrement si le légataire avait figuré au testament, non plus comme témoin, mais en sa qualité de légataire et en déclarant qu'il accepte le legs. Cette acceptation du legs équivaudrait, sinon à un pacte sur succession future, tout au moins à une convention qui ne serait autre qu'une donation à cause de mort et qui à ce titre devrait être déclarée nulle. Mais la nullité de ce legs équivalant à une donation à cause de mort n'entraînerait pas la nullité du testament dans son entier (Demol., Don. et Text., t. 4, n°s 226 et 227).

CHAPITRE V. — Incapacité relative des congrégations religieuses de femmes, légalement autorisées, et des membres de ces congrégations. (Loi du 24 mai 1825, art. 4 et 5).

A la différence des congrégations non autorisées, les congrégations religieuses de femmes, légalement autorisées, ont en principe la capacité de recevoir par acte entre-vifs ou par testament. Mais la loi du 24 mai 1825 (art. 4 et 5), qui leur accorde cette capacité, y apporte une double restriction, l'une générale, l'autre spéciale. La première, c'est de ne pouvoir recevoir de qui que ce soit que libéralités *à titre particulier*, mais nullement des dons ou des legs universels ou à titre universel. Il s'agit là d'une incapacité absolue qui atteint indistinctement toutes les personnes disposant au profit d'une congrégation religieuse et dont l'étude par conséquent ne rentre pas dans la cadre de ce travail.

La seconde prohibition dont est frappé la congrégation, c'est de ne pouvoir recevoir a titre gratuit de l'un des membres qui la composent plus du *quart* de la totalité de ses biens, à moins que la libéralité ne soit inférieure à 10.000 francs. Et cette incapacité s'applique, sans qu'il y ait à distinguer si la libéralité, consentie par le membre d'une congrégation, s'adresse à la congrégation elle-même ou si elle s'adresse à quelqu'un des autres membres individuellement. Ainsi 1° une religieuse veut-elle disposer au profit d'une autre religieuse appartenant à la même congrégation qu'elle, elle ne peut lui laisser que le quart de ses biens ; toutefois si sa fortune entière est inférieure à 40.000 francs, elle pourra disposer au-delà du quart, mais jusqu'à concurrence de 10.000 francs seulement ; 2° une religieuse veut-elle disposer au profit de la congrégation à laquelle elle appartient, elle ne peut également lui donner que le quart de ses biens, à moins que la

libéralité n'excède pas 10.000 francs ; mais, de plus, il faudra que cette libéralité soit faite *à titre particulier*.

La loi a ainsi imposé une sorte de quotité disponible spéciale aux religieuses qui voudraient disposer au profit d'une de leurs sœurs en religion ou au profit de leur congrégation. Cette quotité disponible est, en général, du quart, mais elle peut dépasser le quart si le don ou le legs n'excède pas 10,000 francs. Le but de la loi est évidemment de réprimer les élans du zèle religieux et d'imposer des limites aux libéralités d'une donatrice ou testatrice qui préférerait les intérêts de sa famille spirituelle à ceux de ses héritiers naturels. Il est toutefois fâcheux que les familles les plus pauvres, et par suite les plus dignes d'intérêt, soient précisément celles que le législateur a le moins protégées, puisque, par exemple, si la religieuse décède en laissant une fortune de 10,000 fr. seulement, elle pourra léguer la totalité à sa congrégation et dépouillera entièrement sa famille naturelle. Il est vrai que, dans la discussion de la loi, il a été dit à la Chambre des Pairs qu'il fallait permettre à la religieuse d'indemniser son couvent des soins qu'elle en avait reçus ; que le quart de sa fortune, laissé par elle à la communauté, représentait le prix du logement, de la nourriture et de l'entretien qui lui avaient été fournis pendant sa vie et que, dans le cas où ce quart ne s'éléverait pas à 10,000 fr., il était juste qu'elle pût au moins laisser cette somme pour l'acquittement d'une dette aussi sacrée que celle qu'elle avait contractée. Soit. Nous admettons ce motif ; mais alors dans cette somme de 10,000 fr., il faut faire entrer en compte la dot apportée par la novice à son entrée en profession. Cet apport d'une dot par la religieuse à son couvent est d'un usage à peu près général et néanmoins la jurisprudence et la doctrine (Agen, 22 mars 1836, Dall., 36, 2, 118 et Cass., 2 déc. 1845, Sir., 46, 1, 285 ; Troplong, t. 2, n° 694 ; Demol., Don., t. 1, n° 572) refusent d'en faire l'imputation sur le quart ou les 10,000 fr. qui restent disponibles.

Nous croyons que la jurisprudence et les auteurs ont raison de considérer cet apport d'une dot comme un contrat à titre onéreux intervenant entre la religieuse et la communauté qui se charge de son entretien. Mais alors que l'on ne dise pas que c'est pour indemniser le couvent qu'il faut laisser à la religieuse la faculté de léguer au moins 10,000 fr. à sa communauté, puisque cette dette qu'elle est censée payer au moyen d'une libéralité a déjà été payée une première fois. La vérité est que, par suite d'une anomalie regrettable et qui, sans doute, a échappé au législateur, ce sont les familles pauvres que la loi de 1825 protége le moins et que l'exagération du zèle religieux pourra dépouiller le plus facilement. Heureusement le remède à ce mal pourra se trouver dans l'article 910, du moins si la libéralité est faite à la communauté : le gouvernement, dont l'autorisation est nécessaire à la congrégation pour l'acceptation d'une libéralité, quelle qu'elle soit, devra user du pouvoir discrétionnaire qu'il tient de la loi et qui lui permettrait de refuser toute autorisation, pour concilier les justes réclamations du couvent créancier avec les intérêts légitimes des héritiers naturels. Mais l'objection n'en subsiste pas moins avec toute sa force pour le cas où la libéralité est faite à une religieuse par une autre religieuse.

Quoi qu'il en soit des motifs qui ont inspiré la loi de 1825, il est certain que, si le chiffre de la libéralité dépassait le quart de la fortune de la testatrice, ou si, dans le cas où il peut dépasser ce quart, il excédait la somme de 10,000 fr., la libéralité ne serait pas nulle, mais seulement réductible. Elle n'a, en effet, d'autre vice que de reposer sur une erreur de calcul, et cette erreur peut facilement être réparée par les tribunaux, conformément à ce que l'article 920 décide pour une espèce analogue (Cass. 2 déc. 1845, Sir. 46, 1, 26).

Mais il en serait tout autrement si le legs consenti au profit de la congrégation par l'une des personnes en faisant partie, bien

que n'excédant pas le quart des biens laissés par la testatrice ou la somme de 10,000 francs, était un legs universel ou à titre universel. Dans ce cas, comme nous l'avons déjà dit en commençant, il y aurait nullité et non pas seulement réduction ; on ne réduit pas, en effet, un legs universel en un legs particulier ; ce serait le transformer et en changer la nature. D'ailleurs l'article 4 de la loi de 1825 est formel : toute libéralité faite à la congrégation, de quelque personne qu'elle émane, doit être *à titre particulier* ; celle qui n'affecterait pas cette forme n'est donc pas autorisée par la loi et doit être déclarée nulle (Lyon 23 mars 1843, Sir. 43, 2, 569 ; Caen 31 mars 1846, Sir. 46. 2, 431 ; Cass. 2 déc. 1845, Sir. 46, 1, 26 ; Montpellier, 3 mars 1853, Sir. 53, 2, 241). Sans doute, une disposition à titre particulier peut être d'un chiffre aussi élevé qu'une disposition universelle ou à titre universel ; mais la loi, en prohibant les libéralités universelles faites aux congrégations religieuses, a obéi à d'autres considérations ; ce qu'elle a voulu empêcher, c'est que ces communautés ou les personnes qui les représentent soient mêlées à des liquidations longues et pénibles, qu'elles figurent comme parties dans les procès auxquels le testament pourrait donner naissance, que même elles soient obligées de poursuivre en leur nom les contestations précédemment engagées entre des tiers et le défunt. Tous ces démêlés judiciaires, auxquels peut donner lieu l'acceptation d'un legs universel ou à titre universel, auraient placé la congrégation, ou plutôt les religieuses agissant en son nom, dans une situation peu compatible avec la réserve qui leur est imposée par leur sexe et par leur vœu de pauvreté.

On a prétendu que le legs fait par une religieuse doit être à titre particulier même dans le cas où il s'adresserait, non pas à la communauté elle-même, mais à une autre religieuse de cette communauté. On a, en effet, tenu ce raisonnement : si la loi défend à une religieuse de laisser à sa sœur en religion plus du quart de

sa fortune, ou dans un certain cas plus de 10,000 francs, c'est parce que la loi présume que ce legs profitera, non pas à la religieuse à laquelle il est nominativement adressé, mais à la congrégation elle-même ; chaque membre de la communauté est présumé personne interposée au profit de cette communauté et c'est pourquoi on a dû restreindre dans les mêmes limites toutes les libéralités faites par une religieuse et adressées, soit à une autre religieuse, soit à la congrégation. Or la loi (art. 4) veut que la congrégation ne puisse recevoir qu'à titre particulier, donc il doit en être de même dans le cas où la disposition, au lieu d'être faite directement à la congrégation, lui serait faite indirectement par l'intermédiaire d'une religieuse personne interposée. Nous répondons que la prohibition de recevoir à titre universel ne frappe que la congrégation elle-même (art. 4), mais que cette prohibition ne se retrouve plus dans l'article 5, là où la loi s'occupe de la capacité des membres de la congrégation les uns à l'égard des autres. Or les présomptions d'interposition de personnes, comme toutes les présomptions légales, sont de droit étroit et ne peuvent pas être étendues par un simple argument d'analogie fondé sur les motifs présumés de la loi. Donc il est impossible d'appliquer aux membres de la congrégation la prohibition de recevoir les uns des autres des libéralités universelles, prohibition qui n'a été édictée que contre la congrégation elle-même (Cass. 2 déc. 1845, Sir. 46, 1, 26).

Remarquons qu'aux termes de l'article 5, § 2, l'incapacité relative de disposer ou de recevoir qui existe entre les membres de la communauté les uns à l'égard des autres cesse de produire son effet, lorsque la religieuse donataire ou légataire est héritière en ligne directe de la donatrice ou testatrice. L'article 5 de la loi du 24 mai 1825 a même abrogé implicitement l'article 10 du décret du 18 février 1809. Cet article 10 défendait aux religieuses faisant partie d'une congrégation hospitalière, légalement autorisée, de

consentir des *donations entre-vifs* soit au profit de leur famille, soit au profit de leur congrégation, soit au profit de qui que ce soit ; le motif de cette prohibition est que l'on a voulu mettre les religieuses hospitalières en garde contre cet esprit d'abnégation absolue qui les porte à renoncer au monde et à toutes les jouissances de la vie, et qui aurait pu les pousser à se dépouiller entièrement par une donation entre-vifs qui de son essence est irrévocable. Cette prohibition du décret de 1809 est certainement abrogée par la loi du 24 mai 1825. D'abord cette loi s'applique certainement aux congrégations hospitalières de femmes, elle est même faite presque exclusivement pour elles, puisqu'il est constant que sur 2800 congrégations de femmes existant en France au 1er janvier 1825, il y en a 2780 qui étaient des congrégations hospitalières. En second lieu, la loi de 1825 permet aux religieuses hospitalières de disposer de leurs biens par acte entre-vifs ; si la donation est faite à leur communauté, elles pourront lui donner jusqu'à concurrence d'un quart de leurs biens ou tout au moins de 10.000 francs, et même si la donation est faite à une religieuse héritière en ligne directe, elle pourra comprendre tous les biens sans autres restrictions que celles du droit commun. Et l'on voudrait que la religieuse, qui peut donner à sa congrégation, qui peut donner également à une autre religieuse tantôt jusqu'à concurrence d'un quart de ses biens, tantôt la totalité, on voudrait, disons-nous, qu'elle ne pût rien donner à sa famille naturelle ! L'influence de ses parents est, au contraire, bien moins à craindre que celle de ses sœurs en religion et des supérieures de sa communauté ; il est donc impossible de maintenir dans notre législation une contradiction aussi flagrante que celle que produirait l'application simultanée du décret de 1809 (art. 10) et de la loi de 1825 (art. 5).

Est-il besoin de noter, en terminant, que la loi de 1825 ne s'applique qu'aux congrégations religieuses de femmes qui étaient

légalement autorisées lors de la promulgation de cette loi et à celles qui l'ont été postérieurement par une loi spéciale? Toutefois les restrictions que la loi, dans l'intérêt des familles, apporte à la faculté de disposer à titre gratuit au profit des congrégations autorisées, gênent ces congrégations et en général elles préfèrent ne pas solliciter cette autorisation qui, en leur donnant une situation légale, restreint considérablement leur liberté d'action. Leurs membres restent alors soumis au droit commun, ils peuvent se faire entre eux personnellement toutes sortes de libéralités, et les sages précautions du législateur se trouvent ainsi éludées au grand préjudice de la morale sociale et des intérêts sacrés de la famille. Bien rarement, les héritiers légitimes parviennent à démasquer la fraude devant les tribunaux, car le seul moyen qu'ils aient de faire tomber la libéralité, c'est de prouver qu'elle s'adresse, non pas à la personne qui est nominativement désignée dans l'acte, mais à la congrégation non autorisée au profit de laquelle le bénéficiaire apparent a consenti à jouer le rôle d'un prête-nom. Or cette preuve est, sinon impossible, du moins dans la pratique, hérissée des plus grandes difficultés.

DEUXIÈME PARTIE

Sanction des incapacités établies par la loi (art. 911).

L'article 911 est le complément nécessaire et la sanction des dispositions de la loi en matière d'incapacité. Cette sanction consiste dans la nullité, ou tout au moins dans la réduction, des libéralités faites en violation des prohibitions que nous avons étudiées précédemment.

Le législateur, dans l'article 911, commence par poser une règle générale : « est nulle toute disposition faite *au profit d'un incapable.* » Ajoutons : « *ou par un incapable.* » Il n'y a pas, en effet, à distinguer entre l'incapacité passive de recevoir et l'incapacité active de disposer ; dans l'un et l'autre cas, la sanction est la même et la nullité résulte des termes irritants et de la forme prohibitive des articles 907, 908, 909, 975 et 997. Quand la loi défend de faire une chose ou de la faire en dehors de telle ou telle condition, tout ce qui est accompli contrairement à cette prohibition est par cela même frappé de nullité ; c'est là un principe général dont l'article 911 n'est qu'une application. Ainsi donc, d'après l'article 911, *toute* disposition est nulle quand elle est faite soit au profit d'un incapable soit par un incapable et cette nullité atteint aussi bien les dispositions faites indirectement que

celles faites directement. Le malade, par exemple, sans avoir recours aux formes de la donation ou du testament, a supprimé le titre d'une créance qu'il avait contre son médecin, dans le but de lui faire la remise gratuite de la dette ; ou bien il lui a remis de la main à la main une somme d'argent, ou des objets mobiliers, ou des titres au porteur. De même encore l'ex-mineur devenu majeur a, antérieurement à la reddition et à l'apurement du compte de tutelle, renoncé à une succession à laquelle son ex-tuteur était appelé soit concurremment avec lui, soit à son défaut, et cela dans le but de laisser son ex-tuteur en recueillir l'émolument tout entier ; ou bien il a répudié un legs qui lui était fait par une personne dont son ex-tuteur était l'unique héritier. Ce sont là autant de cas où, bien que se manifestant sous une forme détournée et indirecte, l'intention libérale n'en existe pas moins avec son caractère de disposition à titre gratuit et, comme telle, elle doit, pour sa validité, être consentie par des personnes réunissant toutes les conditions de capacité requises pour disposer ou pour recevoir à titre gratuit. C'est un principe constant, en droit, qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement et la conséquence en est que les libéralités indirectes, si elles sont faites à ou par un incapable, sont frappées de nullité tout aussi bien que les libéralités directes. C'est au surplus ce qui résulte des termes généraux dans lesquels est conçue la règle posée par l'article 911, § 1.

Mais les moyens imaginés pour éluder les prohibitions de la loi en matière d'incapacité sont nombreux et la coalition des intérêts, ainsi que les emportements de la passion, rendent souvent la fraude ingénieuse à se dissimuler ; toutefois la libéralité qui se produit sous la forme d'un don manuel, ou de la remise d'une dette, ou de la répudiation d'un legs ou d'une succession, bien que faite d'une manière indirecte, n'en a pas moins un caractère ostensible qui laisse apparaître l'intention libérale et permet de

donner à l'acte sa véritable signification. Aussi la pratique a-t-elle cherché d'autres expédients plus occultes sous lesquels la fraude parvient à se cacher plus habilement et trop souvent, à cause de la difficulté de la preuve à fournir, la sagesse du législateur et la sagacité du magistrat sont demeurées impuissantes à démasquer la simulation. Les fraudes se produisent ordinairement sous les deux formes prévues par l'article 911 ; tantôt la libéralité est déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux, tantôt elle est faite sous le nom de personnes interposées qui sont chargées de transmettre les biens à celui qui est incapable de les recevoir directement. Souvent même il arrive que la fraude est double et que la libéralité non-seulement s'adresse à une personne interposée, mais encore qu'elle lui est faite sous le couvert d'un acte à titre onéreux ou même qu'un intermédiaire se sert d'un acte à titre onéreux pour la faire parvenir à l'incapable. Toutes les fois que la loi parvient à découvrir la fraude, sous quelque nom et de quelque manière qu'elle se cache, elle annule l'acte qui en est entaché.

Nous allons examiner dans un premier chapitre quels moyens sont le plus ordinairement employés pour éluder la loi et quelles précautions sont prises par le législateur pour empêcher la simulation ; puis, dans un second chapitre nous étudierons l'action en nullité ou en réduction dans ses effets et dans son application. Nous aurons ainsi, sous un double aspect, étudié la sanction par laquelle la loi impose le respect de ses prohibitions.

CHAPITRE Ier. — Fraudes a la loi.

Section I. — *Donations déguisées.*

L'acte à titre onéreux sous lequel se déguise la donation peut être un contrat réunissant toutes les conditions requises pour sa validité et dans lequel se confond la libéralité, de sorte que les deux actes ne forment en réalité qu'un seul tout. Ainsi, la vente d'une maison a lieu entre personnes incapables de disposer ou de recevoir à titre gratuit ; la maison vaut 100.000 francs, mais on convient d'un prix de 80.000 francs et l'acheteur profite ainsi d'une libéralité de 20.000 francs. Ou bien, le prix est fixé par le contrat de vente à 100.000 francs, mais le vendeur fait remise à l'acquéreur de 20.000 francs ; ou bien encore, après en avoir reçu seulement 80.000 francs, il lui donne dans l'acte quittance de la totalité du prix. Dans ces différents cas, le contrat de vente est valable, puisqu'il réunit tous les éléments nécessaires à son existence : consentement, objet, prix suffisant, bien qu'inférieur à la valeur réelle de la chose vendue ; la donation, qui n'est ici qu'un contrat accessoire et qui fait pour ainsi dire partie du contrat principal, serait également valable si elle intervenait entre toutes personnes autres que des incapables.

Mais il peut arriver que la donation, au lieu d'être ainsi déguisée dans un contrat à titre onéreux valable, soit faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux inexistant, purement nominal, et dont les parties ont emprunté les formes extérieures uniquement pour servir d'étiquette à la donation. Ainsi, par exemple, l'acte porte quittance du prix, mais aucun prix n'a été payé au vendeur ; ou bien la vente est faite moyennant une rente viagère

et il se trouve que cette rente n'excède pas annuellement les revenus de la chose qui fait l'objet de la prétendue vente.

La vente est le contrat le plus ordinairement employé pour le déguisement des libéralités, mais il n'est pas le seul ; la dation en paiement, le contrat de société ou de louage, la transaction sont aussi souvent employés pour atteindre le même but. Ainsi, les parties simulent entres elles un différend qu'elles terminent au moyen d'une transaction et le donateur abandonne un immeuble ou une somme d'argent au donataire en échange des prétentions auxquelles ce dernier est censé renoncer.

Le contrat simulé qui sert à déguiser la donation peut être aussi bien un contrat unilatéral qu'un contrat synallagmatique. Le donateur souscrit au donataire une reconnaissance sous-seing privé qu'il a soin de causer « valeur reçue comptant » ou « valeur reçue en marchandises » ; ou bien il endosse à son ordre des effets de commerce, lettre de change ou billet à ordre ; ou bien, propriétaire de titres nominatifs, il en opère le transfert au nom du donataire sur les registres de la société, conformément à l'article 36 du C. de com. ; ou bien enfin il cède une créance qu'il a sur un tiers et le cessionnaire a soin de remplir les formalités de l'article 1690 C. civ. Dans ces différentes hypothèses, il y a d'une part un contrat à titre onéreux, purement nominal, dont l'existence n'est qu'apparente, puisqu'il manque de l'un de ses éléments constitutifs, tel est le défaut d'un prix dans une vente ou une cession, l'absence d'une contestation sérieuse donnant lieu à une transaction, etc. Il y a, d'autre part, une donation qui, n'étant pas faite suivant les formes solennelles de l'article 931, devrait être déclarée nulle. Néanmoins une jurisprudence constante a consacré la validité des donations déguisées, de sorte que ces deux contrats, l'un à titre onéreux, l'autre à titre gratuit, qui, s'ils se produisaient dans deux actes séparés, devraient être déclarés nuls l'un et l'autre, produiront effet par cela seul qu'ils se trouvent réunis

et confondus dans un même acte. C'est une des bizarres conséquences du système de la jurisprudence, mais comme il ne nous appartient pas de discuter ici la question de validité des donations déguisées, nous admettons avec la Cour de cassation que la donation faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux est valable; nous supposons seulement qu'elle s'adresse à un incapable ou qu'elle est faite par un incapable ; c'est le cas prévu par l'article 911.

Pour que le déguisement soit prouvé et par suite pour qu'il y y ait nullité de l'acte, il ne suffit pas qu'un contrat à titre onéreux soit passé avec une personne incapable de disposer ou de recevoir à titre gratuit, car la capacité de contracter à titre onéreux forme le droit commun (art. 1123), même pour les incapables de disposer ou de recevoir à titre gratuit. En effet, quand un acte présente l'extérieur d'un contrat à titre onéreux, par exemple, quand un acte de vente réunit toutes les conditions apparentes qui sont requises par sa validité, il doit jusqu'à preuve du contraire être regardé comme un contrat sérieux et faisant foi des déclarations qu'il contient. Si on l'attaque comme n'étant en réalité qu'une donation déguisée, c'est au demandeur à faire la preuve de son allégation, il doit prouver la simulation qu'il invoque : c'est un principe élémentaire en matière de preuve. Qu'on ne dise pas que cette preuve est le plus souvent impossible, que s'il s'agit d'une vente, par exemple, on ne pourra presque jamais établir que le prix n'a pas été payé, que ce serait là d'ailleurs exiger la preuve d'un fait négatif. La réponse à cette objection est bien simple : la preuve sera difficile dans bien des cas, cela est vrai, mais il ne faut pas conclure qu'elle est impossible ni que c'est à l'incapable à prouver qu'il a réellement concouru à un contrat à titre onéreux et non pas une donation. La fraude ne se présume pas et les personnes que la loi déclare incapables de faire ou de recevoir une donation ou un legs ne sont pas par cela même inca-

pables de consentir un contrat à titre onéreux. Sans doute la qualité même de ces personnes pourra faire suspecter la sincérité de l'acte, mais il ne peut y avoir là qu'un soupçon et un soupçon n'est pas une preuve ; cette qualité des parties contractantes sera souvent prise en considération, mais il faut qu'il vienne s'y ajouter d'autres circonstances de fait, de nature à fonder l'une de ces présomptions « graves, précises et concordantes » sur lesquelles doit se baser la conviction des magistrats (art. 1353). Le demandeur en nullité établira, par exemple, que le prétendu acquéreur ne peut, avec ses ressources personnelles, s'être procuré une somme suffisante pour acquitter le prix stipulé dans l'acte, qu'il n'a pu contracter d'emprunts, ou que, s'il en a contracté, il les a remboursés presque immédiatement après la signature du contrat ; que, de son côté, le prétendu vendeur n'a laissé dans ses affaires aucune trace de la somme qu'il est censé avoir encaissée, qu'il n'en a fait aucun emploi ni un usage quelconque etc... (Demol. Don., t. 1, n° 636).

On pourra aussi prendre en sérieuse considération ce fait que la vente a eu lieu à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, qu'elle a été consentie quelques jours seulement avant la mort du vendeur, ou bien cette autre circonstance que le vendeur, aliénant la totalité de ses biens, a donné dans l'acte quittance du prix et avant même que l'acquéreur ait eu le temps de vérifier la situation hypothécaire des biens vendus. Qu'on ne dise donc pas qu'il s'agit de la preuve d'un fait négatif; ce sont là, au contraire, des faits positifs et qui, comme tous autres faits de même nature, peuvent parfaitement être appointés en preuve. Et il n'y a pas à distinguer si le demandeur en nullité agit dans une instance principale pour faire annuler le contrat à titre onéreux qui aurait reçu précédemment son exécution, ou si, au contraire, il a au procès le rôle de défendeur : ce qui arriverait si la demande en nullité se produisait incidemment à une instance principale en exécution du

contrat ; dans ce dernier cas, le défendeur à l'instance principale devient demandeur en nullité, *reus excipiendo fit actor* et c'est à lui qu'incombe la preuve de l'exception qu'il invoque.

Tous les moyens de preuve sont d'ailleurs admis pour établir la simulation de l'acte, non-seulement la preuve littérale, l'aveu et le serment, mais même la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme, même les présomptions puisées dans des faits non relatés par l'acte attaqué ; il s'agit, en effet, d'un acte qu'on prétend fait en fraude des dispositions de la loi ; or aux termes de l'article 1353 *in fine* la fraude peut-être établie par des présomptions graves, précises et concordantes et, si on admet les présomptions de l'homme, à plus forte raison doit-on admettre la preuve testimoniale, même sans aucun commencement de preuve par écrit, car à l'impossible nul n'est tenu (art. 1348). D'ailleurs, dans la plupart des cas, comme ce n'est pas le dispoosant lui-même qui intente l'action en nullité, mais l'un de ses héritiers ou ayant cause, le demandeur sera resté étranger à l'acte incriminé et on ne pourra pas exiger de lui une preuve écrite de la similation, preuve qu'il a été dans l'impossibilité de se procurer.

Section II. — *Interposition de personnes.*

Non seulement la libéralité peut se dissimuler, comme nous venons de le voir précédemment, dans un acte à titre onéreux dont elle emprunte les formes extérieures, mais aussi elle peut être adressée à une personne qui n'est qu'un bénéficiaire apparent, un prête-nom, dont le rôle est de faire parvenir à l'incapable les avantages qui n'auraient pu lui être transmis directement. Il s'opère alors une double transmission : d'abord transmission par le disposant à la personnée interposée et, en second lieu, transmission par le bénéficiaire ostensible à l'incapable.

Il en est du fidéicommis tacite, comme du déguisement d'une donation sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, il peut affecter les formes les plus diverses ; la loi a même édicté certaines présomptions qui ont pour objet de dispenser le demandeur en nullité de faire la preuve de l'interposition de personnes ; mais soit que l'interposition soit prouvée en fait, soit qu'elle le soit par une présomption de droit, dès qu'elle a pour but de faire parvenir quelque avantage prohibé à un incapable, elle constitue une fraude à la loi et c'est pourquoi la libéralité est frappée de nullité (art. 911).

§ 1. — *Interposition de fait.*

La preuve de l'interposition de personnes, comme la preuve du déguisement, doit être fournie par le demandeur en nullité ; c'est à lui d'établir que le bénéficiaire apparent n'est pas un légataire ou un donataire sérieux, et qu'il a été chargé par le disposant de transmettre la libéralité à un incapable. Cette preuve est souvent fort difficile ; mais, comme il s'agit d'une fraude à la loi, il faut permettre au demandeur de rechercher la fraude partout où elle peut se dissimuler ; aussi tous les moyens de preuve sont-ils admis, même les présomptions de l'homme, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes. Les juges du fait jouissent en cette matière d'un pouvoir souverain d'appréciation (art. 1348 et 1353).

Mais à quels signes les magistrats pourront-ils reconnaître l'interposition des personnes, en d'autres termes, quels sont les signes qui révèlent l'existence d'un fidéicommis tacite ? Faut-il qu'il soit intervenu un concert frauduleux entre le disposant et la personne interposée ? Qu'il y ait eu connivence entre eux dans le but d'éluder la loi ? Faut-il, de plus, qu'un concert ait existé entre la personne interposée et l'incapable ? Sur ces points, les juris-

consultes sont loin d'être d'accord. Déjà, dans notre ancien droit, des auteurs tels que Furgole (Test., ch. 6, sect. 3, n° 239), Ricard (1re part., ch. 3, sect. 16) et Domat (liv. 5, tit. 3, nos 5 et suiv.) avaient essayé de poser des règles d'interprétation et de déterminer les caractères auxquels peut se reconnaître l'interposition de personnes (voir aussi Menochius, *de præsumptionibus*, liv. 4, p. 67, 68 et suiv.).

Sans vouloir rappeler les nombreuses distinctions proposées par ces jurisconsultes, hâtons-nous de dire que personne aujourd'hui ne songe plus sérieusement à exiger, pour qu'il y ait fidéicommis tacite, qu'un concert soit intervenu entre la personne interposée et l'incapable ; sinon, il eut suffi de laisser l'incapable de côté, pour rendre la libéralité inattaquable et éluder impunément la loi. Mais c'est sur la première condition, c'est-à-dire sur la nécessité d'un accord entre le disposant et le tiers intermédiaire, que porte toute la difficulté.

D'après un premier système, le demandeur en nullité, pour triompher, devrait, dans tous les cas, établir qu'une convention est intervenue entre le disposant et le bénéficiaire apparent ou, tout au moins, qu'un accord s'est formé entre eux pour faire arriver la libéralité à l'incapable. Et, en effet, dit-on, le fidéicommis n'est autre chose qu'une disposition faite à un tiers à la charge, par lui, d'en remettre le bénéfice à une autre personne ; c'est précisément cette charge de rendre qui constitue le fidéicommis et vicie l'institution ; or, peut-il y avoir charge de rendre, sans que celui à qui cette charge est imposée ait, sinon pris l'engagement formel et civilement obligatoire de s'y soumettre, tout au moins sans qu'il se soit engagé d'une manière plus ou moins expresse, sans qu'il ait, par exemple, promis son concours au disposant ou, au moins, se soit présenté à lui comme partageant les mêmes sentiments et comme devant servir à la réalisation de ses desseins. Ainsi, dans ce système, le fidéicommis ne serait réellement

prouvé qu'autant qu'on établirait entre le disposant et le bénéficiaire nominal l'existence d'un accord de volontés, d'une entente dans un but frauduleux, en un mot d'un concert, sinon explicite, au moins d'une complicité tacite.

Dans un second système moins exclusif que le précédent, on reconnaît que la preuve d'un pacte intervenu entre le disposant et la personne interposée n'est pas absolument nécessaire pour constater l'existence d'un fidéi commis tacite; qu'indépendamment d'un concert établi entre ces deux personnes, il y a d'autres circonstances dont on peut faire résulter la preuve d'une interposition de personnes. Tel est le cas où le donataire ou le légataire apparent se trouverait dans un état de subordination ou dans les liens d'une dépendance absolue à l'égard de l'incapable. Lorsqu'en effet le bénéficiaire apparent est placé dans de telles conditions vis-à-vis de l'incapable, il est évident que le disposant n'a pas besoin d'obtenir un engagement de sa part et de le lier par une convention, puisqu'il a la certitude qu'au moyen de l'ascendant exercé par l'incapable, celui-ci parviendra à se faire remettre entièrement le bénéfice de la libéralité. Comme le dit fort bien Troplong dans son rapport à la Chambre des requêtes (arrêt du 20 juillet 1846, Sir. 47, 1, 74) : « Si l'incapable peut exercer sur l'esprit du légataire assez d'empire pour se faire remettre l'émolument du legs, assez d'empire pour lui persuader qu'il doit s'effacer et que tout doit revenir entre ses mains, assez d'empire pour que, par son consentement, il réduise à une vaine apparence le legs écrit en sa faveur et en reporte tout l'avantage sur une tête incapable, dans cet état de choses, où serait la nécessité d'une convention entre le testateur et le légataire apparent? Qu'importe que cette convention n'ait pas eu lieu, si l'ascendant, constaté en fait, du véritable légataire sur le légataire apparent est tel qu'il puisse obtenir le même résultat frauduleux ?» Et cette doctrine non seulement est très rationnelle, mais elle est en parfaite conformité avec ce que

décide l'art. 911 à l'égard des personnes que la loi elle-même présume interposées. Nous y voyons, par exemple, qu'il y a présomption légale de fidéi commis, lorsque la libéralité est faite à l'enfant de l'incapable ; or, quelle peut être la base de cette présomption de la loi ? Est-ce que l'on craindrait, en ce cas, l'existence d'un pacte intervenu entre cet enfant et le disposant ? Nullement ; car l'enfant peut être encore mineur et, dans cette hypothèse, bien que l'engagement de rendre qu'il aurait contracté envers le disposant ne fût pas obligatoire pour lui, la présomption d'interposition de personnes n'en subsisterait pas moins à son égard. Ce n'est donc pas sur l'idée d'une convention que repose cette présomption légale, mais bien plutôt sur la crainte de l'ascendant exercé par la personne incapable. Aussi doit-il en être de même, quand il s'agit, non plus d'une présomption de droit, mais d'une présomption de fait; dans ce second cas, pas plus que dans le premier, l'existence d'une convention n'est donc pas le seul fait qui constitue le fidéi commis et l'on est bien forcé de tenir compte également de l'influence exercée par l'incapable sur le bénéficiaire apparent.

Indépendamment du cas où il y aurait eu un concert frauduleux entre le disposant et la personne interposée et du cas où l'autorité exercée par l'incapable sur le bénéficiaire apparent enlèverait à ce dernier sa liberté d'action et le réduirait à l'état d'un instrument placé entre les mains de l'incapable, il pourrait encore se rencontrer une hypothèse, ajoutent les partisans du second système, où il serait possible d'admettre l'existence d'un fidéicommis tacite. Ce serait dans l'hypothèse où l'acte même de libéralité contiendrait certaines modalités, certaines combinaisons suspectes d'où il apparaîtrait que le disposant a voulu gratifier une personne autre que celle qui est désignée dans l'acte. Si cette intention résultait, par exemple, des termes plus ou moins déguisés dont s'est servi le disposant, les tribunaux, dont le devoir est

d'interpréter le sens de cet acte et de rechercher quelle a été la véritable intention du donateur ou du testateur, auraient incontestablement le droit d'admettre le demandeur en nullité à établir, par la preuve testimoniale et par des présomptions, que le but du disposant a été d'éluder les prohibitions de la loi et de dissimuler sous des termes plus ou moins équivoques la charge de rendre, imposée au bénéficiaire nominal. Dans ce second cas, comme dans le précédent, il y aura fidéicommis indépendamment de toute convention, de tout pacte intervenu entre le disposant et la personne interposée ; le bénéficiaire apparent aura pu rester complètement étranger à la fraude, ignorer même que la volonté du disposant était de gratifier un tiers par son intermédiaire, il n'en sera pas moins privé du bénéfice de la libéralité, parce qu'il ne peut invoquer que son titre, tel qu'il existe et tel que les tribunaux ont le droit de l'interpréter, et parce que ce même titre est fait en fraude des prescriptions de la loi et contient, au moins en germe, l'indice d'un fidéicommis.

Mais quand on se trouve en dehors de ces trois hypothèses, quand ni les termes ni la nature de l'acte ne révèlent l'intention du disposant de faire un fidéicommis, quand l'héritier institué ne se trouve en aucune façon sous la dépendance de l'incapable, quand enfin on ne prouve pas que le bénéficiaire nominal a accepté la charge de rendre qui lui était imposée, il est difficile d'admettre la preuve d'une interposition de personnes, en se fondant sur des faits étrangers à l'acte de libéralité, telles seraient certaines paroles échangées dans la conversation courante, une intention vague manifestée par le disposant dans une lettre missive ou dans des notes prises au jour le jour. Sans doute ces faits seraient de nature à établir l'existence d'un fidéicommis et à constituer les éléments d'une présomption, et certes la fraude peut être prouvée par témoins et par présomptions. Mais pour que la fraude existe, il faut, en dehors des deux cas exceptionnels

cités plus haut, que l'institué y ait participé, qu'il y ait eu concert entre lui et le disposant, qu'il ait pris l'engagement de transmettre les biens à l'incapable ; or il ne peut pas contracter cet engagement à son insu, et la seule volonté du disposant, non exprimée dans l'acte, est insuffisante pour le lui imposer. A plus forte raison faut-il repousser la demande d'une preuve par témoins ou par présomptions, si la volonté du disposant était toujours restée secrète et ignorée de la personne instituée ; une volonté que le disposant n'a pas manifestée ne peut prévaloir contre la volonté qu'il a exprimée dans l'acte de libéralité d'une manière claire et précise et en se conformant aux formes prescrites par la loi. Il ne suffit pas, pour régler la transmission de ses biens à titre gratuit, de manifester ses intentions d'une manière quelconque, il faut le faire dans les formes rigoureusement établies par la loi ; or, une donation ou un testament régulier dans la forme, c'est là le plus solennel et le plus légitime des titres ; et l'on voudrait, sur le fondement ou mieux sur le soupçon d'une intention que l'on peut attribuer à tort au disposant et qui, quand bien même elle aurait existé, ne pourrait produire aucun effet aux yeux de la loi, on voudrait, disons-nous, annuler un titre légal et essayer de porter atteinte à la foi qui lui est due ! Ce serait violer ouvertement les articles 894, 895 et 967 C. civ. ; ce serait livrer à une inquisition odieuse les dernières volontés de l'homme et l'un de ces actes dont les motifs déterminants sont les plus secrets et les plus intimes ; ce serait enfin engendrer le désordre et l'arbitraire dans les relations sociales.

Quelque juridique et bien fondé que paraisse ce système, il est pourtant généralement repoussé par la jurisprudence qui adoptant une doctrine plus large, décide avec raison, croyons-nous, que l'existence d'une convention ou d'un accord quelconque n'est nullement indispensable pour qu'il y ait fidéicommis ; que non seulement il n'est pas nécessaire que l'héritier insti-

tué ait accepté la charge de rendre, mais qu'il suffit qu'il l'ait connue, qu'il ait pu la deviner et que même l'interposition de personnes n'en existerait pas moins, quand bien même il aurait refusé de se lier par un engagement envers le disposant. Dès lors, pour établir l'existence d'un fidéicommis tacite, la seule chose à prouver est que le disposant, en faisant un legs ou une donation, a eu en réalité la volonté secrète de gratifier l'incapable. C'est cette volonté seule qui engendre le fidéicommis et non pas la participation de l'héritier institué. Qu'importe aussi que le disposant n'ait pas manifesté cette volonté dans l'acte de libéralité, qu'il ait même eu soin de la tenir secrète, pourvu qu'elle existe et que la preuve en soit faite d'une manière quelconque devant les tribunaux. Cette preuve peut être établie par toute sorte de moyens, puisqu'il s'agit d'une fraude à la loi; les juges ont en ces matières un pouvoir souverain d'appréciation. Comme le dit la Cour de cassation (arrêt du 20 avril 1847, Sir. 47, 1, 438), la loi s'en rapporte à la sagesse des magistrats pour décider si le bénéficiaire apparent est sérieusement institué ou si, au contraire, il n'est qu'un intermédiaire entre le disposant et l'incapable. Et l'on conçoit aisément pourquoi le législateur n'a pas déterminé les caractères de l'interposition de personnes, la raison nous en est donnée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 8 déc. 1847 (Sir. 48, 2, 13); c'est, dit la Cour, qu'il eut été dangereux de définir le fidéicommis tacite, car la fraude serait toujours parvenue à se mettre à côté de la définition ; or le législateur a voulu que le pouvoir des tribunaux pût se mouvoir dans un cercle aussi large que celui où pourrait se mouvoir la fraude elle-même. C'est pour le même motif que la loi n'a pas exigé la preuve d'une convention, d'un engagement pris par le bénéficiaire, ou d'une promesse de restituer qu'il aurait faite ; il eût été trop facile aux parties de ne laisser subsister aucune trace de ces faits, dont la preuve d'ailleurs aurait toujours été extrêmement difficile, sinon impossible. Il ne

faut pas oublier, en effet, que le but que poursuivent les parties est précisément d'établir que le bénéficiaire nominal n'est pas un intermédiaire, que c'est bien lui que le disposant a voulu gratifier et non pas une autre personne; or s'il intervient un accord entre les parties sur l'obligation d'une restitution ultérieure, tous leurs efforts tendront précisément à faire disparaître la trace de cet accord et à enfouir dans le plus profond mystère le secret de leurs conventions. Demander la preuve d'une convention ou d'un accord quelconque, c'eut été dépouiller de toute efficacité les prohibitions de la loi.

Ainsi donc, il suffit simplement, pour qu'il y ait interposition de personnes, que le disposant ait voulu faire parvenir le bénéfice de la disposition à une personne autre que le bénéficiaire nominal, celui-ci eût-il ignoré complètement la condition sous laquelle lui était faite la libéralité, eût-il même refusé de s'engager à restituer. La preuve de cette volonté du disposant peut être déduite de tous les faits et circonstances propres à la manifester, non seulement des modalités de la disposition, de l'état de dépendance dans lequel se trouve le bénéficaire vis-à-vis de l'incapable, mais encore de tous actes extrinsèques à la disposition elle-même, d'écrits ou de paroles émanant du disposant et destinés à porter cette intention à la connaissance du bénéficiaire. La circonstance que le bénéficiaire a remis à l'incapable les biens donnés ou qu'il se dispose à les lui remettre est aussi l'un des indices les plus certains qui révèlent l'existence du fidéicomnis ; mais il n'est pas nécessaire que cette restitution ait eu lieu. La preuve du fidéicommis peut aussi résulter de l'aveu du bénéficiaire, ou de son refus de s'expliquer sur le mandat de restituer qu'on prétend qu'il aurait reçu ; on pourrait donc lui déférer le serment ou le faire interroger sur faits et articles ; non pas que nous allions jusqu'à prétendre que l'on puisse exiger du bénéficiaire le serment ou l'engagement qu'il n'entend jamais remettre les biens à l'incapable ;

il est assurément libre de disposer des biens de la manière et en faveur de qui il lui plaît ; cette transmission n'aurait sans doute rien que de licite, si l'individu, qui était incapable dans ses rapports avec le premier disposant, ne l'était pas dans ses rapports avec le second, et surtout si la disposition, que la prétendue personne interposée ferait ensuite en faveur de l'incapable, s'expliquait par un sentiment tout personnel, par l'amitié ou l'affection qu'elle lui porte. Mais on pourrait très bien exiger du bénéficiaire qu'il jure que, s'il vient à rendre les biens à l'incapable, ce ne sera pas en exécution de la volonté du disposant ; qu'au contraire il se croit en conscience un bénéficiaire sérieux, le seul appelé à profiter réellement de la libéralité. L'interrogatoire portant sur ces faits ou le serment déféré dans ces termes trouverait certainement sa justification dans la nécessité d'assurer l'observation de la loi.

Sans doute cette doctrine peut présenter certains dangers, le pouvoir discrétionnaire que l'on laisse ainsi aux tribunaux pourrait entraîner des abus et on serait tenté de craindre au premier abord que les libéralités les plus sérieuses ne soient attaquées et annulées sous le prétexte qu'elles cachent un fidéicommis au profit d'un incapable. C'est à la sagesse des magistrats à n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes comme l'exige la loi (art. 1353), c'est à eux à ne prononcer la nullité du legs ou de la donation que dans les cas où leur conviction est entièrement établie et où l'interposition de personnes leur paraît manifeste.

D'ailleurs ce pouvoir absolu dont on semble redouter les conséquences n'est-il pas laissé aux juges dans toutes les matières où la loi autorise la preuve par témoins ou par présomptions, et spécialement quand il s'agit d'établir une fraude à la loi ? Si les abus sont possibles dans les débats de ce genre, il est certain qu'ils sont rares et, en tous cas, ne sont-ils pas largement compensés

par les nombreux avantages qui résultent d'une protection efficace accordée aux intérêts de la famille et par la nécessité de déjouer la simulation dans les cas où elle se présente? (Montpellier, 3 mars 1853, Sir. 53, 2, 41 et 24 août 1854 Sir. 54, 2, 483; Cass. 3 mars 1857, Sir. 57, 1, 182 et 6 août 1862, Sir. 62, 1, 773; Limoges 13 juill. 1870, Sir 71, 2, II; Cass. 12 mai 1873, Sir. 74, 1, 114).

Souvent il arrive que le disposant, sans imposer aucune condition au bénéficiaire, sans avoir avec lui aucune entente, se fie sur ce que ce dernier pénétrera ses intentions et fera des biens donnés l'emploi que lui-même aurait désiré en faire. Le disposant, par exemple, connaissait le caractère honorable de la personne qu'il instituait, il la savait animée des scrupules les plus respectables, il avait peut-être vécu avec elle dans une parfaite communauté d'idées et de sentiments, et toutes ces circonstances lui avaient acquis la certitude que ses intentions seraient non seulement devinées, mais religieusement exécutées. Sans doute le bénéficiaire nominal, auquel une libéralité est faite dans un tel état d'esprit, pourrait prétendre qu'en droit il n'est pas obligé de restituer; cela est peut être-vrai; mais, en conscience et en honneur, il ne peut se considérer que comme un intermédiaire, il y a pour lui obligation morale de rendre et par conséquent il y a fidéicommis tacite. Comme on l'a dit, la bonne foi dans laquelle il s'est trouvé à l'époque de la disposition n'est pas un titre suffisant pour le rendre propriétaire d'un bien dont le disposant n'a pas voulu le gratifier (Limoges, 13 juil. 1870, Sir. 71, 2, 11). Mais si, au contraire, le disposant n'avait pas et ne pouvait pas avoir cette certitude sur le sort ultérieur de la libéralité qu'il faisait, s'il a simplement soupçonné l'emploi probable qui serait fait des biens compris dans la disposition, un simple soupçon, une probabilité éventuelle ne pourrait constituer un fidéicommis. C'est ce qu'a décidé la cour de Caen (arrêt du 31 janv. 1827, S. C. N., t. 8, 324)

dans une espèce où se présentait néanmoins cette particularité de fait que les donataires, prétendues personnes interposées, avaient effectivement transmis les biens à l'incapable, conformément à l'opinion du disposant. Mais l'arrêt constate en fait que la donation s'adressait réellement aux donataires et non pas à l'incapable, que si le disposant avait voulu gratifier l'incapable, comme on le prétendait, il aurait pu le faire sans employer de détour, puisqu'il s'agissait d'une congrégation religieuse autorisée et capable de recevoir. Ces motifs ont paru décisifs à la Cour et la libéralité fut maintenue. En somme le disposant a-t-il eu la certitude que la disposition profiterait à l'incapable ? Il y a fidéicommis tacite. Au contraire a-t-il seulement soupçonné l'emploi probable que le bénéficiaire ferait de la libéralité ; l'héritier peut-il se considérer comme sérieusement institué et comme n'étant tenu, même en conscience, d'aucune restitution ? La disposition doit être maintenue. Il y a donc là une question de fait que les juges auront à résoudre, question souvent délicate et dont la solution peut être parfois embarrassante

Une difficulté d'un autre genre peut se présenter à l'occasion d'un fidéicommis tacite. Il peut arriver que l'intention du disposant de gratifier une personne autre que le bénéficiaire nominal ne fasse aucun doute ; par exemple le legs est adressé à quelqu'un que le disposant n'a jamais vu ni connu et il apparaît avec certitude devant les tribunaux que, derrière le légataire ostensible, il y a un légataire véritable. Mais ce légataire réel, quel est-il ? est-ce un incapable, ou au contraire est-ce une personne capable de recevoir ? On n'en sait rien ; le disposant ne l'a pas désigné et l'héritier apparent ne le connaît pas non plus. Que deviendra la libéralité faite dans ces conditions ? On ne peut pas en laisser profiter le légataire nominal, puisqu'il est certain que ce n'est pas lui que le testateur a voulu gratifier. Faudra-t-il l'autoriser à choisir lui-même la personne à qui profitera la libé-

ralité? C'est impossible. Dans ces conditions, il faut annuler la disposition, non pas comme contenant un fidéicommis tacite au profit d'un incapable, mais par cette raison qu'elle est faite au profit d'une personne incertaine, dont par conséquent il n'est pas possible de vérifier la capacité. La disposition serait encore nulle à un autre point de vue : on ne peut, en effet, transmettre ses biens après décès que dans les formes déterminées par la loi pour la validité du testament ; or, entre autres conditions de formes, il faut que le testament soit fait par écrit, la loi n'admet pas le testament verbal, et cet écrit doit nécessairement contenir le nom du bénéficiaire ou tout au moins les éléments nécessaires à déterminer son individualité (Paris, 3 mai 1872, Sir. 73, 2, 51). Le testament, qui contient seulement le nom d'un mandataire chargé de remettre les biens à des tiers non désignés dans l'acte testamentaire manque donc de l'une des conditions essentielles à sa validité (En ce sens, Cass., 13 janv. 1857 et 28 mars 1859, Sir., 60, 1, 346; Limoges, 13 mai 1867, Sir., 67, 2, 314). La même doctrine est encore consacrée en principe par les arrêts de Cassation des 15 et 20 décembre 1875 (Sir. 77, 1, 174 et 175) et par l'arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1877 (Sir. 77, 2, 330).

C'est surtout quand il s'agit d'éluder les dispositions prohibitives de la loi en ce qui concerne l'incapacité des communautés religieuses, autorisées ou non autorisées, que la fraude au moyen de l'interposition de personnes est largement pratiquée et l'on peut affirmer que, dans la plupart des procès auxquels a donné lieu l'article 911, ce sont surtout des communautés religieuses que l'on trouve en cause. Ainsi, on sait qu'aux termes de la loi du 24 mai 1825, les congrégations religieuses de femmes légalement autorisées sont incapables de recevoir de toute personne à titre universel et spécialement des membres de ces congrégations plus du quart de leurs biens, à moins que ce quart n'excède pas

10,000 francs. Or, pour éluder ces sages prescriptions de la loi, les religieuses qui disposent de leurs biens au profit de la communauté ne manquent presque jamais de recourir à l'interposition de personnes, à moins qu'elles n'emploient cumulativement et l'interposition de personnes et le déguisement sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Toutefois on a essayé de soutenir, dans l'intérêt de ces communautés, que les libéralités faites à des établissements religieux ne sont pas susceptibles d'être annulées, ou réduites conformément à la loi de 1825, pour cause d'interposition de personnes. On en a donné cette raison, c'est que l'article 911 édicte à la vérité certaines présomptions légales d'interposition de personnes relativement aux divers cas d'incapacités de recevoir à titre gratuit, mais ces présomptions se rattachent toutes uniquement à un lien d'alliance ou de parenté entre l'incapable et la personne interposée, elles ne sauraient donc trouver leur application en ce qui concerne l'incapacité des communautés religieuses et, en conséquence, de ce que la seconde partie de l'article 911 est inapplicable aux congrégations, on conclut que l'article 911 tout entier l'est également. Mais cette doctrine n'est plus sérieusement soutenue aujourd'hui ; l'article 911, en effet, ne se borne pas à édicter certaines présomptions d'interposition, il est conçu en des termes beaucoup plus généraux, il annule *toute* disposition faite au profit d'un incapable, de quelque manière que cette disposition lui soit adressée, et sans distinguer si la preuve en résulte d'une présomption légale ou au contraire d'une présomption de fait, déduite des circonstances de la cause.

Mais, objecte-t-on encore, l'art. 911 ne prononce la nullité des libéralités faites par personnes interposées que lorsqu'elles ont été faites au profit de personnes incapables ; or les communautés religieuses, reconnues par la loi de 1825 ou par une loi postérieure, ne sont pas véritablement incapables de recevoir à titre gratuit ; leur capacité est seulement suspendue jusqu'à ce qu'elles

aient obtenu l'autorisation du gouvernement; on ne peut donc pas leur appliquer par analogie la nullité prononcée par l'art. 911; d'autant plus que l'interposition de personnes n'aurait même pas pour résultat de dispenser la congrégation d'obtenir l'autorisation du gouvernement, puisque cette autorisation devra toujours être obtenue, lorsque la personne interposée voudra transmettre à la communauté le bénéfice de la libéralité. La réponse à cette objection est bien simple : si la loi exige cette condition de l'autorisation pour la validité de la libéralité, c'est parce que la congrégation est incapable de recevoir. En effet s'il s'agissait, non pas d'une condition de capacité, mais seulement d'une condition requise pour valider l'acceptation, la loi n'aurait pas eu besoin de mentionner d'une manière spéciale dans les art. 910 du C. Civ. et 4 de la loi de 1825 la nécessité de cette autorisation, l'art. 937 aurait suffi. Si donc la loi a pris soin d'exiger formellement et spécialement l'autorisation du gouvernement, c'est que cette autorisation n'a pas uniquement pour effet de permettre à la congrégation d'accepter la libéralité, elle a aussi et surtout pour effet de la relever de son incapacité. Ainsi, même quand il s'agit d'une communauté religieuse autorisée, l'interposition de personnes est est une fraude à la loi, car elle a pour objet de dissimuler la personnalité du véritable disposant et d'empêcher que le contrôle du gouvernement s'exerce d'une manière efficace et surtout qu'il puisse être tenu compte des besoins et des intérêts de la famille dépouillée par la libéralité. (En ce sens, Cass. 17 nov. 1852, Sir. 53, 1, 337 ; Montpellier 3 mars 1853 Sir. 53, 2, 241 et 24 août 1854, Sir., 54, 2, 483 ; Lyon 18 Janv. 1868, Sir. 68. 2, 131).

§ II. — *Interposition résultant d'une présomption légale.*

I. — *Personnes comprises dans la présomption de la loi.*

« Sont réputées personnes interposées, dit l'article 911-2°, les

père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable.» Il existe, en effet, entre ces personnes un lien si étroit créé par l'affection et la communauté d'intérêts qu'on peut dire, selon l'expression de Ricard, qu'elles ne forment entre elles qu'une « même personne et qu'elles sont deux en une chair », de sorte que la libéralité faite à l'une profite nécessairement à l'autre. Certes il eût été bien inutile de créer certaines catégories d'incapables si, pour éluder la loi, il eût suffi de donner par exemple au père ou au mari ce que l'on ne peut donner au fils ou à la femme, et réciproquement. C'est donc avec raison que le législateur a tracé autour de l'incapable un cercle dans les limites duquel l'incapacité rayonne et produit ses effets.

Parmi les ascendants, les père et mère de l'incapable sont les seuls que la loi répute personnes interposées ; il n'y a donc pas lieu d'étendre la présomption légale aux ascendants d'un degré plus éloigné, ni aux collatéraux, ni aux alliés ; mais la qualité de ces différents parents ou alliés pourra constituer l'un des éléments d'une présomption de l'homme et le juge pourra en tenir compte, si le demandeur en nullité prétend prouver l'interposition de fait (art. 1353).

Il faut aussi considérer comme compris dans la présomption de l'article 911-2° les père et mère d'un enfant naturel qui bien que n'étant encore que conçu à l'époque de la libéralité, aurait été néanmoins reconnu par ses père et mère. Il est vrai qu'on pourrait objecter que l'enfant conçu n'est réputé né qu'autant qu'il s'agit de ses intérêts. Mais l'enfant existe dès qu'il est conçu, il peut dès lors être valablement reconnu ; on peut aussi lui faire directement des libéralités ; pourrait-il donc à la fois invoquer sa capacité de recevoir lorsque la donation lui est adressée directement et se retrancher derrière sa non-existence, lorsque la libéralité lui est faite indirectement? Ce serait un moyen trop facile d'éluder l'article 908 et le père n'aurait pour cela qu'à faire

un legs ou une donation à la mère naturelle dans l'intervalle qui sépare la conception de la naissance (Paris 26 avril 1833 Sir. 32, 2, 421 ; Metz 10 août 1864, Sir. 65, 2, 64).

Au nombre des enfants et descendants que l'article 911-2° répute personnes interposées, il faut assurément compter les enfants adoptifs, puisqu'ils sont par rapport à l'adoptant dans la même situation que les enfants légitimes, qu'ils ont les mêmes droits et sont censés partager la même affection. Cette solution doit encore être admise, s'il s'agit d'un enfant naturel et même d'un enfant adultérin ou incestueux, pour le cas où la filiation de ce dernier serait légalement constatée. Sans doute l'enfant naturel, et surtout l'enfant adultérin, n'a pas des droits successoraux aussi étendus que l'enfant légitime ; sans doute aussi les présomptions de la loi doivent être strictement interprétées ; mais il ne s'agit pas ici d'étendre par analogie une présomption légale, il s'agit bien plutôt d'interpréter la loi ; or, l'article 911-2° est conçu dans les termes les plus généraux, il mentionne les « enfants et descendants » sans aucune distinction. D'ailleurs les motifs de la loi sont aussi puissants lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel ou même d'un enfant adultérin ou incestueux que lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. Les rédacteurs de l'article 911-2° ne se sont pas préoccupés, en effet, de la vocation héréditaire de l'enfant ni de l'étendue de ses droits successoraux, mais seulement du lien d'affection qui l'unit aux autres membres de la famille ; or, ce lien est tout aussi étroit entre les membres de la famille naturelle qu'entre ceux de la famille légitime (Paris 26 avril 1833, Sir. 33, 2, 241 ; Metz 10 août 1864, Sir. 65, 2, 64 ; Angers 13 août 1806, Sir., C. N., 2e vol., 2, 165 ; Cass. 13 juil. 1813, S., C. N., 4e vol., 1, 393 ; Toulouse 5 mars 1827, S., C. N., 8e vol., 2, 340 ; Lyon 25 mars 1835, S. 35, 2, 241 ; Amiens 22 déc. 1838, S. 39, 2, 254 ; Cass. 25 juil. 1881, S. 82, 1, 417).

L'article 911-2° répute également personne interposée le con-

joint de l'incapable ; et le texte, n'admettant aucune distinction, il n'y aurait même pas à faire exception pour le cas où les époux seraient séparés de corps, bien qu'alors les motifs de la présomption soient moins puissants. Mais la présomption de la loi s'appliquant au conjoint seulement ne peut être étendue au futur époux, il y a là, il est vrai, une porte restée ouverte à la fraude, puisqu'il sera ainsi permis de gratifier indirectement l'incapable en faisant une libéralité à la personne qu'il est sur le point d'épouser. Cette lacune n'existait pas dans notre ancien droit, mais c'est là précisément une raison pour ne pas vouloir suppléer au silence du législateur, puisque son attention n'a pu manquer d'être attirée sur ce point par la législation antérieure. Toutefois cette solution ne doit être acceptée que sous une double réserve ; d'abord s'il était démontré par les circonstances de la cause que la libéralité a été faite précisément en vue du mariage du bénéficiaire avec l'incapable, il ne faudrait pas hésiter à en prononcer la nullité, mais ce serait alors en vertu d'une présomption de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux, mais non en vertu de la présomption légale édictée par l'article 911-2°. En second lieu, si la donation avait été faite au futur époux de l'incapable par contrat de mariage, nous croyons, malgré l'autorité de M. Demolombe (Don. t. 1, n° 659) que l'article 911-2° redeviendrait applicable. En effet la donation faite par contrat de mariage a pour complément nécessaire la célébration du mariage ; si le mariage ne s'en suit pas, elle est caduque (art. 1088) ; ce n'est donc pas en sa qualité de futur époux que le donataire peut réclamer l'exécution de la donation ; par conséquent, c'est à l'époux, et à l'époux seul, qu'elle s'adresse. Qu'on ne dise pas que la célébration du mariage est une condition suspensive dont l'effet rétroagit au jour du contrat (art. 1179). Cela n'est pas exact. N'est-il pas certain que la communauté légale ou conventionnelle ne commence et ne peut commencer que du jour de la célébration (art. 1399) ? Par

suite n'en doit-il pas être de même de toutes les conventions matrimoniales en général. Il ne faut donc pas parler d'effet rétroactif en matière de mariage (Lyon 24 nov. 1860, S. 61, 2, 421 ; Laurent t. 11, n° 401).

II. *Quel est l'effet de la présomption et dans quelle limite doit-elle être appliquée?* — L'article 911-2° édicte une présomption sur le fondement de laquelle la loi annule les libéralités faites à certaines personnes comme s'adressant en réalité à un incapable. Il s'agit donc là d'une de ces présomptions *juris et de jure* sur le fondement desquelles la loi annule certains actes. En conséquence, celui à qui on l'oppose ne peut offrir de la combattre par une preuve contraire (art. 1352). En vain le bénéficiaire nominal offrirait-il de prouver que c'est bien réellement lui que le disposant a voulu gratifier et non pas l'incapable ; en vain prendrait-il l'engagement formel de ne jamais remettre les biens à l'incapable et les fixerait-il dans son patrimoine d'une manière incommutable, par exemple en les rendant inaliénables par une constitution de dot ; rien ne peut prévaloir contre l'effet de la présomption légale. Vainement aussi l'incapable renoncerait, de son côté, à recueillir soit directement, soit indirectement les biens qui font l'objet de la libéralité ; vainement enfin le disposant prendrait soin de déclarer dans l'acte que la libéralité s'adresse réellement à la personne qui y est désignée et que, pour le cas où cette personne n'en recueillerait pas le bénéfice, il entend lui substituer un tiers autre que l'incapable. Toutes les combinaisons et tous les détours employés pour donner à la disposition l'apparence d'un caractère sérieux ne peuvent rien contre l'effet de la présomption légale. Celui qui l'invoque n'a à établir qu'une seule chose, c'est l'existence des faits qui servent de base à la présomption, dans notre espèce, qu'il est bien dans l'une des hypothèses prévues par l'article 911-2° ; toute autre preuve serait superflue. La seule ressource que l'art. 1352 réserve à la personne présu-

mée interposée, c'est de déférer le serment à son adversaire ou de le faire interroger sur faits et articles. Pas de doute à ce sujet, si la libéralité est attaquée par le donateur lui-même; il peut assurément être mis en demeure de s'expliquer sur le point de savoir si son intention n'était pas en réalité de gratifier la personne présumée interposée. Mais il y a plus de difficulté, quand la libéralité est attaquée par les héritiers du disposant. On dit alors que le fait sur lequel devrait porter le serment ou l'interrogatoire est un pur fait d'intention qui n'est pas personnel aux héritiers; or le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à celui à qui on le défère (art. 1359). Cela est vrai, aussi n'est-ce pas sur l'intention que peut avoir eue leur auteur qu'ils seront tenus de s'expliquer; mais on pourrait certainement leur déférer le serment litisdécisoire ou les faire interroger sur le point de savoir si, à leur connaissance et d'après leur conviction, la libéralité s'adresse à l'incapable et non pas au bénéficiaire ostensible (Laurent, t. 11, n° 402).

Il ne faut pas se dissimuler que cette doctrine est très rigoureuse et peut parfois conduire à des conséquences tout-à-fait iniques. Il se rencontre, en effet, certains cas où la volonté du disposant ne peut laisser de doute sérieux et où il apparaît d'une manière évidente qu'il a voulu gratifier, non pas l'incapable, mais la personne qui est désignée dans l'acte. L'une de ces hypothèses qui paraissent très favorables à la personne présumée interposée se présente, lorsque la libéralité consiste dans un droit d'usufruit, ou de rente viagère, ou bien affecte le caractère d'une pension alimentaire ou d'un don rémunératoire. On peut dire que la nature même d'une telle libéralité, et surtout la durée limitée qui lui est assignée, révèle d'une façon péremptoire l'intention du disposant de ne faire profiter du legs ou de la donation que la personne même qui est nommément gratifiée; des avantages viagers, une pension alimentaire, ce sont là certes des libéralités qui

n'ont d'autre but que d'assurer, la vie durant, l'existence de celui à qui elles sont adressées, mais qui, lui disparu, ne laissent rien subsister qui puisse se transmettre à un incapable ; elles portent donc en elles-mêmes la marque d'une destination toute personnelle et elles ne sont inspirées que par un sentiment tout particulier de bienveillance et d'affection envers celui qui en est investi. Il est donc difficile de soutenir qu'elles sont destinées à un tiers incapable. Ces raisons puissantes, il faut le reconnaître, ont paru décisives à certains tribunaux qui, faisant fléchir dans ces cas exceptionnels la rigueur de la loi, ont admis la preuve contraire à la présomption (Paris 6 mai 1854, Sir. 54, 2, 557). Mais chaque fois que la cour suprême a été saisie d'un pourvoi contre ces décisions, elle n'a pas hésité à ramener la jurisprudence au respect des principes, quelque rigoureux qu'ils soient. Le texte de l'article 911, en effet, ne laisse place à aucune distinction ni équivoque. Cet article se divise en deux parties : dans la première, il est certain que les mots « *toute* disposition » comprennent toutes les libéralités, quel qu'en soit l'objet, propriété, usufruit, droits viagers. La distinction qu'il est impossible d'introduire dans la première partie de l'article peut-elle être introduite dans la seconde? Nullement. On dit que cette application rigoureuse de l'article 911 ira souvent à l'encontre de la volonté du disposant, mais n'est-ce pas la condition commune de toute règle générale de dépasser quelquefois le but pour lequel elle a été établie et de froisser de légitimes intérêts ; mais c'est là un mal nécessaire et, comme le disait déjà Ricard, « il ne faut pas se plaindre de cette rigueur, parce qu'il est raisonnable que l'intérêt particulier cède au repos public. » (Cass. 13 juil. 1813, S. C. N. 1813, 1, 361 ; Paris 7 juil. 1855, Sir. 55, 2, 627 ; Cass. 30 janv. 1883, S. 83, 1, 193).

D'ailleurs est-il toujours certain que la libéralité, par cela seul qu'elle consiste en un droit d'usufruit ou de rente viagère, en

une pension alimentaire ou en un don rémunératoire, ne profitera pas en définitive à l'incapable? Qui empêchera donc le bénéficiaire nominal d'en transmettre secrètement le bénéfice à l'incapable, son parent? Peu importe que le disposant ait donné à la libéralité la qualification de viagère, de rémunératoire ou d'alimentaire ; pourrait-il donc faire tacitement ce qu'il lui est défendu de faire expressément? Or nous avons vu précédemment qu'il ne pourrait empêcher l'effet de la présomption par une déclaration expresse que la libéralité s'adresse à la personne présumée interposée, et non pas à l'incapable. Il ne faut donc pas, sur la foi de ces indices toujours problématiques et sur la simple apparence du caractère viager ou rémunératoire donné à la libéralité, faire fléchir la règle absolue et irréfragable qui n'admet aucune preuve contraire à la présomption légale.

Toutefois une seule restriction doit être apportée à ce que nous venons de dire, c'est pour le cas où il s'agit d'une libéralité qualifiée rémunératoire, mais qui en réalité n'aurait pas le caractère d'une libéralité proprement dite et ne constituerait qu'une sorte de paiement d'un service appréciable en argent, ou la réparation de quelque dommage causé à la personne présumée interposée. Ce n'est plus alors un acte à titre gratuit qui est intervenu entre les parties, c'est un acte de libération ; or le disposant aurait certainement pu se libérer envers l'incapable lui-même, à plus forte raison le peut-il envers le parent de l'incapable, envers la personne présumée interposée. L'article 911 n'est donc pas applicable.

S'il est vrai, comme nous venons de le voir, que la présomption légale édictée par l'article 911-2° doive recevoir une stricte application, quelles que soient parfois les conséquences rigoureuses auxquelles elle conduit, il faudrait prendre garde toutefois de l'étendre en dehors des cas en vue desquels elle a été établie. Ainsi il est certain que, malgré l'analogie des cas d'interposition

de personnes prévus par l'article 911 d'une part, et l'article 1100 d'autre part, on ne pourrait interpréter et compléter l'un de ces deux articles par l'autre et ranger, par exemple, au nombre des personnes présumées interposées les parents dont l'incapable serait héritier présomptif au jour de la donation. Ce serait donner à l'article 911 une extension que ne comportent certainement pas les règles de stricte interprétation applicables en matière de présomptions légales.

C'est également, parce que les présomptions légales sont de stricte interprétation, qu'il ne faudrait pas étendre l'art. 911-2° à des incapacités, même relatives, autres que celles prévues par les art. 907, 908 et 909. Placé par le législateur dans le chapitre II du titre *des Donations* et à la suite de l'énumération des incapables qui y est contenue, l'art. 911-2° est certainement étranger aux incapacités édictées dans d'autres parties du Code civil ou dans les lois spéciales. telles sont les incapacités des officiers de vaisseau (art. 997), des légataires témoins d'un testament (art. 975), du notaire qui le reçoit (art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI) et des membres d'une congrégation religieuse de femmes (art. 5 de la loi du 24 mai 1825). D'ailleurs, pour quelques-unes de ses incapacités (art. 975, C. civ. et art. 8 de la loi du 25 vent. an XI), la loi a pris soin d'établir des présomptions spéciales d'interposition à l'égard de certains parents des incapables.

La présomption légale de l'art. 911-2° ne serait pas non plus applicable à des incapacités résultant de stipulations particulières. (Besançon 16 mars 1857, Sir. 57, 2, 619). Dans l'espèce jugée par la Cour de Besançon, il s'agissait d'une mère qui avait promis à ses deux filles, par leur contrat de mariage, l'égalité entre elles dans le partage de sa succession et qui s'était ainsi interdit d'avantager l'une au préjudice de l'autre. Malgré cette promesse d'égalité, la mère en mourant léguait l'un de ses domaines aux enfants de l'une de ses filles et l'on prétendait que ce legs devait être

déclaré nul par application de l'art. 911-2° et comme réputé fait en réalité à la mère des légataires. La cour repoussa cette prétention et avec raison, croyons-nous, car une présomption légale ne peut être étendue en dehors des cas prévus par le texte qui l'édicte ; mais rien ne s'opposerait à ce que les parties intéressées fassent la preuve d'une interposition de fait et n'établissent qu'en réalité la libéralité doit profiter à une personne déclarée incapable de la recevoir.

De même il y a des cas où la présomption d'interposition édictée par l'art. 911-2° cesse d'être applicable ; c'est d'abord dans le cas où l'incapacité elle-même ne serait pas applicable ; c'est, en second lieu, lorsque l'interposition devient elle-même impossible en fait, en d'autres termes lorsque les personnes que la loi répute interposées sont dans l'impossibilité matérielle de transmettre les biens à l'incapable. Il faut, à cet effet, distinguer plusieurs hypothèses.

Première hypothèse. — La présomption légale d'interposition de personnes ne s'applique pas dans les cas exceptionnels où l'incapacité édictée par les articles 907 et 909 cesse elle-même d'être applicable. Ainsi, un mineur, qui a pour tuteur un oncle paternel, fait un legs au père de son tuteur, c'est-à-dire à son grand-père paternel. Ce legs sera valable, puisqu'il aurait pu léguer à son grand-père, quand bien même celui-ci eût été son tuteur. A vrai dire, dans ce cas, il n'y a pas d'incapable et par conséquent il ne peut y avoir d'interposition au profit d'un incapable. De même un malade a disposé, pendant la maladie dont il est mort, au profit du fils ou de la femme du médecin qui l'a traité ; mais le médecin était son allié, et le fils ou la femme du médecin se trouvaient être parents du disposant à l'un des degrès indiqués par l'article 909-2°. La libéralité devra encore être maintenue dans ce cas ; car si le bénéficiaire nominal avait été lui-même le médecin du disposant, il aurait pu recueillir la libéralité malgré sa qualité de

médecin ; il n'y a donc pas d'incapacité dans l'espèce et par suite l'interposition ne peut plus être présumée (Toulouse 9 déc. 1859, S. 60, 2, 145 et la note de M. Bressolles). Il faut, en effet, se bien pénétrer d'une chose, c'est que la loi a organisé, en quelque sorte, deux incapacités, l'une *directe* et *principale*, c'est celle qui résulte pour le tuteur ou le médecin des articles 907 et 909 ; l'autre qui n'est pas à proprement parler une incapacité, mais qui est *indirecte*, *accessoire*, *subordonnée* à l'existence de la première, c'est celle qui résulte de l'article 911-2° pour la personne présumée interposée. Or si, à raison de certaines situations exceptionnellement favorables, la loi a cru devoir se départir de sa sévérité envers l'incapable principal et ne pas tenir compte de la présomption de captation qui pèse sur le tuteur ou le médecin, à plus forte raison ne doit-on pas tenir compte, dans les mêmes situations, d'une présomption de simple interposition. Comme le dit fort justement M. Bressolles, « le bénéficiaire nominal ne prétend pas prouver contre la présomption légale d'interposition, il se prévaut seulement d'une situation où cette présomption ne peut l'atteindre d'après la loi elle-même. »

Deuxième hypothèse. — La libéralité est faite après la mort de l'incapable. Il est bien évident alors que, l'incapable n'existant plus, il ne pourra pas profiter de la donation ou du legs faits après sa mort à son père, à son fils où à son ex-conjoint et l'on sera bien obligé dans ce cas d'en laisser le bénéfice aux personnes mêmes auxquelles la libéralité est nominativement adressée. C'est qu'en effet ces personnes présumées interposées ne sont pas elles-mêmes frappées d'une incapacité personnelle, elles sont, au contraire, capables d'après le droit commun de l'article 902 ; seulement, pendant la vie de l'incapable, leur parent, et comme sanction de l'incapacité principale de celui-ci, la capacité de ces personnes se trouve paralysée, suspendue en quelque sorte. Mais, dès que l'incapable disparaît et qu'il n'y a plus d'incapacité principale à

sanctionner, l'obstacle mis à leur capacité se trouve levé et elles jouissent de nouveau de la plénitude de leurs droits.

Troisième hypothèse.— Ainsi pas de difficulté, si l'acte de donation ou le testament sont postérieurs à la mort de l'incapable; mais qu'arriverait-t-il si, bien que la libéralité ait été consentie par le disposant du vivant de l'incapable, la donation n'avait été acceptée ou la succession ne s'était ouverte qu'après sa mort? Il faut, dans cette troisième hypothèse, distinguer suivant qu'il s'agit d'une donation ou d'un testament et, s'il s'agit d'un testament, suivant que l'incapacité a pour fondement une présomption d'abus d'influence ou, au contraire, l'un des motifs qui ont fait établir l'incapacité de l'enfant naturel.

D'abord nous supposons qu'il s'agit d'une donation entre-vifs. Par exemple, le père d'un enfant naturel a fait à la mère de cet enfant offre par acte authentique de lui faire une donation; ou bien c'est un malade qui, pendant sa dernière maladie, fait la même offre au fils du médecin qui le traite; ou bien encore c'est un ex-mineur qui, avant la reddition et l'apurement du compte de tutelle, fait cette offre à la femme de son ex-tuteur. Puis, sans que cette pollicitation soit révoquée, l'enfant naturel vient à mourir, ou le médecin lui-même meurt avant son malade ou enfin le compte de tutelle est rendu et apuré, et, lorsque ces évènements sont accomplis, c'est alors seulement que la donation est authentiquement acceptée par la mère de l'enfant naturel, ou par le fils du médecin ou enfin par la femme de l'ex-tuteur. La donation, qui a été ainsi consentie en temps d'incapacité, mais qui n'a reçu sa perfection qu'à une époque où l'incapacité avait disparu, doit-elle être déclarée valable? Il faut répondre affirmativement sans hésiter; car le donateur, en persistant dans son offre après que l'incapacité a cessé, en donnant ainsi à l'offre de donation une adhésion nouvelle, a montré suffisamment que son offre antérieure était l'œuvre d'une volonté libre et réfléchie et que son

intention était bien en réalité de gratifier le bénéficiaire nominal, et non pas l'incapable.

Supposons maintenant qu'il s'agisse, non plus d'une donation, mais d'un testament. Le testament a été fait en temps d'incapacité, mais la succession du testateur ne s'est ouverte qu'après que l'incapacité a cessé. Par exemple, le père d'un enfant naturel fait un legs universel à la mère de cet enfant, mais dans l'intervalle de la confection du testament au décès du testateur, l'enfant naturel, cause principale de l'incapacité, vient à mourir; le legs fait à la mère devra-t-il être déclaré valable? Pourquoi pas? Est-ce que la mère est incapable de recevoir du testateur? Nullement. Il est vrai que, si l'enfant naturel avait vécu, elle eut été présumée personne interposée dans ses rapports avec l'incapable; mais l'enfant étant mort, il n'y a plus d'interposition de personnes, puisqu'il n'y a plus d'incapable. La mère est donc capable de recueillir le legs à elle fait. — On objecte que, si la légataire est capable de recevoir à l'époque de l'ouverture du legs, par contre le testateur était incapable de lui léguer, puisque la capacité du testateur doit exister à la double époque de la confection du testament et du décès : or, dit-on, le testateur était incapable à l'époque de la confection du testament, car à cette époque l'enfant naturel vivait encore et sa présence rendait le testateur incapable de disposer au profit de la mère de cet enfant. Cette objection confond deux choses complètement distinctes, l'incapacité et l'interposition de personnes; or, comme le disent dans des termes à peu près identiques M. Demolombe (Don., t. n° 664) et MM. Aubry et Rau (t. 7, p. 53, n° 19). « Si l'interposition de personnes suppose l'incapacité d'un tiers, par contre cette incapacité ne rejaillit pas sur la personne présumée interposée, de manière à la rendre elle-même directement et personnellement incapable. » On ne peut pas, pour apprécier une question d'interposition de personnes, appliquer les règles sur l'époque à laquelle la capacité doit exis-

ter. Et pour conclure, dans l'espèce que nous examinons, il faut dire que la mère de l'enfant naturel étant capable de recevoir, le testateur était donc, même à l'époque de la confection du testament, capable de lui donner. — Nous n'ajouterons même pas, avec M. Demolombe (Don., t. 1, n° 664), que le testateur, en laissant subsister après la mort de son enfant naturel le legs fait au profit de la mère de celui-ci, a manifesté suffisamment que d'après son intention c'était bien à elle que la libéralité s'adressait ; d'où la conséquence, tirée par le même auteur (n° 665) que, si le testateur avait ignoré le prédécès de l'enfant naturel, il faudrait annuler le legs, parce qu'alors rien ne démontrerait que c'est bien à la mère que la libéralité était adressée.

Ce raisonnement ne nous paraît nullement décisif. La mère légataire n'a pas à prouver que le legs s'adressait réellement à elle et que, par suite, le testateur a connu le prédécès de l'enfant naturel. Ce qui prouve que c'est elle qu'il a voulu gratifier, c'est le testament. C'est donc à ceux qui attaquent ce testament à prouver que le disposant, non-seulement a voulu gratifier l'enfant naturel, mais encore qu'il a voulu que, dans le cas où l'enfant prédécéderait, la mère ne recueillit pas le bénéfice du legs. Or, cette preuve est, sinon impossible, du moins très difficile. Quant au bénéficiaire nominal, il n'a rien à prouver autre que sa capacité de recevoir du testateur, et sa capacité résulte du droit commun de l'article 902. Sans doute, cette capacité se trouvait paralysée tant qu'a vécu l'incapable, mais l'incapacité venant à disparaître et avec elle la présomption d'interposition de personnes, la capacité reprend son cours comme si elle n'avait jamais été suspendue (Laurent, t. 11, n° 407 ; Aubry et Rau, t. 7, p. 53, § 650 *bis*).

Nous n'avons raisonné jusqu'à présent que sur le cas où il s'agit de l'incapacité de l'article 908, en d'autres termes, sur l'hypothèse où le legs est fait à une personne réputée interposée

dans ses rapports avec un enfant naturel ; hâtons-nous d'ajouter que la solution serait tout autre. s'il s'agissait d'une incapacité qui, comme celle du tuteur ou du médecin, est fondée sur la présomption d'un abus d'influence. La loi présume, dans les articles 907 et 909, que le testateur, en faisant un legs, a manqué de liberté ; or, ce défaut de liberté rend suspect, non-seulement le legs fait à l'incapable lui-même, mais encore le legs qui aurait été adressé à une personne interposée chargée de lui en remettre le bénéfice. Peu importe que l'incapable soit mort avant le testateur, celui-ci n'en a moins disposé dans un état d'esprit et sous des influences dont la loi se défie avec raison. Il s'agit bien réellement, dans ce cas, d'une incapacité proprement dite du disposant ; en conséquence, il faut lui appliquer les règles sur l'époque à laquelle la capacité de disposer doit exister et, le testateur s'étant trouvé incapable lors de la confection du testament, le legs doit être déclaré nul, bien que le testament n'ait pas été révoqué à une époque où le disposant est censé avoir reconquis sa liberté.

4° *Hypothèse.* — Nous venons de supposer successivement : 1° que la libéralité est faite à une personne présumée interposée dans l'un des cas exceptionnels où l'incapacité principale cesserait elle-même d'être applicable ; 2° Qu'elle est faite à une époque où l'incapacité principale a complètement cessé d'exister ; 3° Que la libéralité est faite en temps d'incapacité, mais n'acquiert son entière perfection qu'à une époque où l'incapacité a disparu entièrement. Examinons le cas inverse où la libéralité serait consentie à une époque où les parties étaient pleinement capables. mais où elle ne serait devenue parfaite que postérieurement à la survenance d'une incapacité. Ainsi, par exemple, Primus fait une déclaratiun de donation ou un legs au profit de Secundus : puis, avant que la donation soit acceptée par le donataire ou que la succession de Primus soit ouverte, il arrive que le père de Secundus est appelé comme médecin à donner des soins à Primus,

le disposant, pendant sa dernière maladie, ou bien il est nommé son tuteur, ou bien encore il est reconnu par Primus comme étant son enfant naturel. Dans ces conditions, Secundus pourra-t-il, malgré l'incapacité de recevoir dont son père est frappé, accepter l'offre de donation ou recueillir le legs qui lui est fait par Primus? Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre les diverses sortes d'incapacités.

A. — S'agit-il de l'incapacité édictée par l'art. 909, il faut répondre, sans hésiter, que Secundus peut, malgré l'incapacité dont son père est ainsi frappé postérieurement à la donation ou au testament, accepter l'offre de donation ou recueillir le legs. En effet, à l'époque où la disposition est faite, Secundus, le bénéficiaire nominal, n'est pas personnellement incapable de recevoir de Primus, le disposant. S'il n'est pas personnellement incapable, le devient-il en vertu de l'art. 911 qui le réputerait personne interposée au profit de son père, médecin du disposant? Nullement; car la présomption d'interposition suppose une incapacité principale et comme le dit fort justement M. Demolombe (Don., t. I, n° 669) : « D'une part, en droit, il ne saurait y avoir de présomption d'interposition de personnes au profit d'un incapable là où il n'y a pas d'incapable ; d'autre part, en fait, au moment où a lieu la déclaration de donation ou le testament, le père du bénéficiaire, n'ayant pas encore commencé à traiter le disposant, n'était pas encore incapable. Donc à ce moment le bénéficiaire nominal ne pourrait pas être considéré comme une personne interposée. — Objectera-t-on, continue M. Demolombe, que son père est devenu ensuite incapable? Oui, quant aux dispositions qui auraient été faites à son profit par le disposant pendant le cours de la maladie, dont il l'a traité; non, quant aux dispositions qui auraient été faites antérieurement à cette maladie. Or, si la disposition dont il s'agit avait pu être faite directement par Primus au profit de son médecin, il est évident qu'elle a pu être faite au profit du fils

de ce médecin, qui ne saurait être, en pareil cas, considéré comme une personne interposée. »

B. — S'agit-il de l'incapacité de recevoir du tuteur, la solution qui précède devra encore être maintenue, quoique les raisons de décider ne soient plus exactement les mêmes. On ne peut pas dire, en effet, de la survenance de la qualité de tuteur chez le légataire ce que nous venons de dire de la qualité de médecin, et nous pensons que le legs, fait par un mineur au profit d'une personne qui, postérieurement au testament, serait nommée tutrice du disposant, devrait être déclaré nul en vertu de l'article 907. Mais notre raisonnement, relatif à l'application de l'article 911-2°, n'en subsiste pas moins dans toute sa force ; il ne peut pas y avoir une présomption d'interposition de personnes au profit d'un incapable, là où il n'y a pas d'incapable ; or, au moment de la disposition, le père du légataire n'était pas encore tuteur, la libéralité faite à son fils était donc sérieuse, elle ne peut donc pas avoir changé de caractère postérieurement. Et qu'on ne dise pas que la capacité du légataire doit exister à l'époque de l'ouverture de la succession, nous avons déjà répondu qu'il s'agit ici d'une question d'interposition de personnes, et non d'une question de capacité ; or les époques à considérer pour apprécier l'interposition de personnes ne sont pas les mêmes que celles à considérer pour apprécier l'existence de la capacité.

C.— S'agit-il de l'incapacité organisée par l'article 908, on serait tenté de tenir un raisonnement analogue et de dire : la libéralité a été faite à une époque où la reconnaissance de l'enfant n'avait pas encore eu lieu et où par suite il n'existait encore aucune incapacité ; or, comme il ne peut pas s'agir d'une présomption d'interposition de personnes là où il n'existe pas d'incapacité dont on puisse se proposer d'éluder les effets, il en résulte que le descendant de l'enfant naturel non encore reconnu ne peut pas être considéré comme une personne interposée au profit de cet enfant.

Telle est bien la doctrine adoptée par la Cour de Nîmes (arrêt du 6 juin 1877) et confirmée par la chambre des requêtes (arrêt du 28 mai 1878, Sir. 79, 1, 337), dans une espèce où la fille légitime d'un enfant naturel non reconnu avait d'abord été instituée légataire universelle et où, deux ans après le testament, mais avant le décès du disposant, l'enfant naturel avait fait reconnaître judiciairement sa filiation naturelle par rapport au testateur. La doctrine adoptée par la chambre des requêtes s'appuie sur deux arguments principaux que nous trouvons dans le rapport de M. Connelly, rapport sur lequel a été rendu l'arrêt du 28 mai 1878. Le premier argument, que nous avons déjà présenté précédemment, consiste à dire que la présomption d'interposition ne saurait être applicable, quand l'incapacité qui en est le motif n'existe pas au moment où l'acte est passé ; en d'autres termes, que la présomption du fidéicommis étant destinée à sanctionner l'incapacité, il ne peut s'agir d'appliquer une sanction là où il n'y a pas d'incapacité à sanctionner ni de fraude à redouter.

Puis on ajoute : « On ne doit voir dans le testament aucune dissimulation, puisqu'il a été rédigé à une date où, s'il l'avait voulu, le disposant pouvait instituer, sans crainte, son enfant naturel lui-même dont la filiation n'apparaissait pas. Il n'avait aucune raison de recourir à un subterfuge, puisqu'alors aucun obstacle ne l'empêchait de manifester ouvertement une volonté qui pouvait avoir tout son effet.» Peu importe,ajoute-t-on encore, qu'un jugement postérieur ait constaté la filiation naturelle et par suite la préexistence de l'incapacité ; ce jugement ne pourrait produire aucun effet « au regard des mobiles d'un acte de l'homme antérieur à l'ouverture même de l'instance. Celui qui agit se détermine par l'état des faits qu'il a sous les yeux, et non par les modifications qui pourront résulter de décisions judiciaires qu'il ne prévoit pas. Il ne prend aucune précaution pour éluder les effets de sentences qui n'existent pas et qu'il n'attend pas ».

Et de ce fait que le disposant n'avait pas ainsi de raisons pour faire fraude à la loi et pour déguiser la personnalité d'un légataire véritable sous le masque d'une interposition de personnes, on conclut que l'on ne doit pas appliquer la disposition de l'article 911, disposition très rigoureuse, et qui, pour cette raison même, doit être renfermée dans les limites étroites où la crainte de la fraude impose la nécessité de son application.

Tels sont les arguments sur lesquels repose la doctrine adoptée par la Chambre des Requêtes en 1878. Cette doctrine a été vivement attaquée et, nous semble-t-il, victorieusement combattue par M. Beudant (Dalloz, J. G., 1878, 1, 401, note) et par M. Labbé (Sirey, 1879, 1, 337 et 1883, 1, 193 notes). Nous essayerons de résumer brièvement l'argumentation de nos deux éminents maîtres.

A l'argument qui consiste à dire que l'article 911, étant destiné à empêcher la violation de la loi, suppose par cela même l'existence de l'incapacité et que par suite son application ne doit pas précéder le moment où l'incapacité est établie, pas plus qu'elle ne peut survivre à l'existence de l'incapable, M. Beudant fait une double réponse. D'abord, suivant lui, l'article 908 constitue plutôt une règle d'indisponibilité réelle qu'une règle d'incapacité personnelle ; c'est, en effet, dans l'intérêt de la famille légitime que l'article 908 a été écrit, c'est à l'époque de l'ouverture de la succession qu'il faut se placer pour déterminer, eu égard à la quotité des biens et à la qualité des héritiers, si la libéralité est ou n'est pas excessive. Qu'importe alors la date des faits dont il y a lieu de déduire les conséquences ; dès qu'au moment de l'ouverture de la succession le légataire est un enfant naturel, ou dès que le legs a été fait à quelqu'un que la loi déclare, par rapport à lui, personne interposée, l'article 908 est applicable et par suite l'article 911 l'est également.

Nous n'avons pas admis le point de départ de cette argumenta-

tion et nous avons cru reconnaître dans l'article 908, non pas une règle d'indisponibilité réelle, mais une véritable incapacité personnelle, destinée à atteindre le père naturel dans la personne même de son enfant. C'est en se plaçant à ce second point de vue que M. Beudant oppose à l'arrêt de 1878 une réponse non moins péremptoire et décisive que la première. Le jugement, dit-il, qui statue sur une recherche de filiation naturelle, de même qu'une reconnaissance volontaire de cette filiation, n'est pas attributif mais seulement déclaratif de la filiation qu'il reconnaît et constate ; ses effets remontent à l'époque même de la naissance, ou plutôt de la conception de l'enfant. Et pour bien démontrer le caractère déclaratif de la reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire, M. Beudant cite plusieurs exemples. Si, dit-il, la libéralité, au lieu d'être faite au profit du descendant de l'enfant naturel, l'avait été au profit de l'enfant naturel lui-même non reconnu et que la reconnaissance survînt postérieurement à la libéralité, est-ce que l'article 908 ne serait pas néanmoins applicable? est-ce que la disposition, bien qu'antérieure à la reconnaissance, n'en serait pas moins réduite à la quotité des articles 757 et suivants? Evidemment, oui. De même encore, si un mariage avait été contracté et que postérieurement à sa célébration, une reconnaissance vînt faire apparaître entre les époux une parenté au degré prohibé, est-ce que l'on hésiterait à annuler le mariage? Il est donc bien vrai que la reconnaissance est seulement déclarative et non attributive de la filiation qui produit l'incapacité, et on peut même ajouter, avec la chambre civile de la Cour de cassation (arrêt du 30 janvier 1883, S., 83, 1, 193) que les effets de la reconnaissance doivent remonter à l'époque de la naissance de l'enfant naturel reconnu. Si donc on admet l'effet rétroactif de la reconnaissance pour l'application de l'article 908 en cas de don ou de legs fait à l'enfant naturel lui-même, si on l'admet en cas de nullité de mariage pour l'application des articles 161, 162 et 184, pourquoi ne l'admettrait-on

pas pour l'application de l'article 911, en cas de don ou de legs faits aux enfants ou descendants de l'enfant naturel ? « Et cette doctrine, continue M. Beudant, n'est pas seulement juridique, elle est rationnelle, car la filiation naturelle, quoique non encore établie légalement, n'en existe pas moins, n'en est pas moins connue du disposant ; dès lors, la pensée d'échapper à l'incapacité de recevoir qui en résulte doit être supposée tout aussi bien avant qu'après. » M. Labbé (Sir. 1879, 1, 337) est non moins formel : « La constatation légale de la filiation, dit-il, rétroagit au jour de la naissance. Elle entraîne l'application de l'article 908 à des donations antérieures. L'incapacité a préexisté à la circonstance qui l'a fait apparaître. Pourquoi l'application de l'article 911, qui accompagne et corrobore l'incapacité ne remonterait-elle pas dans le passé comme l'incapacité elle-même ? » Cette réponse nous paraît absolument sans réplique et le premier argument sur lequel se fonde l'arrêt de 1878 se trouve aussi réduit à néant.

Reste le second argument d'après lequel l'article 911-2° ne serait pas applicable à notre hypothèse, parce que le disposant, ne se trouvant pas en présence d'un incapable au moment de la disposition, n'avait pas d'intérêt à recourir à une interposition de personnes, sauf, bien entendu, pour les juges la faculté d'apprécier d'après les circonstances de la cause si, en fait, il n'y a pas une interposition de personnes. Nous pensons que ce second argument, par lequel on cherche à écarter l'application de l'article 911-2° n'est nullement fondé. On dit que le disposant n'ayant pas de motifs d'employer un détour, il est peu probable qu'il ait songé à adresser la libéralité à une personne interposée. C'est là une affirmation au moins téméraire. Voici, par exemple, le père d'un enfant naturel ; il n'a pas encore reconnu son enfant, mais son intention est de le reconnaître pour lui transmettre son nom, il voudrait également lui laisser la totalité de sa fortune. Il se trouve alors placé par la loi dans cette alternative, ou bien de ne

pas reconnaître son enfant afin de l'instituer son légataire universel, mais dans ce cas il ne pourra lui laisser son nom ; ou bien de lui transmettre son nom en le reconnaissant, mais alors il ne pourra lui laisser qu'une partie de ses biens. Que fera-t-il donc ? Dans le système consacré par l'arrêt de 1878, il commencera par lui donner entre-vifs ou léguer une part équivalente à celle que l'enfant naturel peut recueillir dans la succession *ab intestat*, puis il léguera le reste de sa fortune à celle qu'il sait être la mère de son enfant et qui en réalité ne sera qu'une intermédiaire au profit de cet enfant ; et ce n'est que postérieurement à ces libéralités qu'il reconnaîtra son enfant naturel. Il parvient de cette manière à transmettre à l'enfant naturel et son nom et la totalité de ses biens, la loi se trouve ainsi violée. Qu'on ne dise donc pas que, dans notre hypothèse, l'application de l'article 911-2° se trouve sans intérêt. Cela est faux. D'ailleurs, peu importe que le disposant ait peu ou point de motifs de recourir à une interposition de personnes ; l'article 911-2° édicte une présomption légale qui, de son essence, est absolue et irréfragable ; c'est une disposition rigoureusement impérative qui doit être appliquée dans tous les cas en vue desquels elle a été édictée et sans qu'il soit permis de rechercher si les circonstances de la cause justifient sa sévérité. On ne doit donc pas admettre le tempérament proposé et d'après lequel les juges seraient, suivant les circonstances de fait, les souverains appréciateurs de la question de savoir si, en réalité, la libéralité faite au descendant de l'enfant naturel s'adresse ou non à l'incapable.

Concluons donc, malgré l'imposante autorité de la Cour de cassation (arrêt du 28 mai 1878) que la reconnaissance d'un enfant naturel, bien que postérieure à la libéralité faite au descendant ou à la mère de cet enfant, anéantit rétroactivement l'effet de cette libéralité ; en d'autres termes, que la mère ou les descendants de l'enfant naturel doivent être considérés comme per-

sonnes interposées par rapport à cet enfant, aussi bien quand la reconnaissance a suivi que quand elle a précédé la libéralité faite à leur profit.

— Il nous reste à examiner une question qui se lie étroitement à la précédente et sur la solution de laquelle la jurisprudence est également divisée. Dans l'hypothèse précédente, nous avons supposé que la relation de parenté naturelle, source de l'incapacité principale édictée par l'article 908, avait été constatée et établie postérieurement à la libéralité faite à une personne présumée interposée par rapport à l'incapable ; ou spécialement que le père d'un enfant naturel non encore reconnu par lui, mais déjà reconnu par sa mère, avait d'abord fait une libéralité à la mère de cet enfant et qu'ensuite il avait reconnu l'enfant. Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse inverse et supposons que le père a commencé par reconnaître son enfant naturel, puis il a institué légataire universelle la mère de cet enfant, mais à l'égard de laquelle la filiation naturelle n'est pas encore légalement prouvée; puis ce n'est que postérieurement à la mort du père et après avoir recueilli le legs universel, que la mère reconnaît à son tour l'enfant naturel. Dans cette hypothèse, ce n'est plus, comme précédemment, l'incapacité qui se révèle postérieurement à la libéralité ; au contraire, au moment où la disposition est faite, l'incapacité principale existe, est constante, le disposant a déjà reconnu son enfant naturel ; mais le bénéficiaire nominal n'est pas encore atteint par la présomption légale d'interposition de personnes, il n'a pas encore reconnu l'enfant naturel, il n'existe encore aucun lien entre lui et l'incapable. On se demande si la révélation de ce lien rattachant le bénéficiaire à l'incapable, si cette révélation, bien que postérieure à la disposition, doit entraîner néanmoins l'application de l'article 911-2°. La question est très délicate. Il semble difficile, en effet, de prétendre que l'intention du disposant ait été d'éluder la prohibition de l'article 908, au moyen d'une

interposition de personnes, puisque la disposition s'adresse à un tiers qui est étranger à l'enfant naturel. Le testateur ou le donateur n'a pu prévoir qu'une reconnaissance, survenant postérieurement, viendrait rattacher ce tiers à son enfant naturel. Ce n'est pas, comme dans l'espèce précédente, le disposant qui, par une reconnaissance postérieure à la libéralité, vient détruire, de ses propres mains et par son propre fait, les effets de cette libéralité. Au contraire, il reste étranger à la reconnaissance, elle émane d'un tiers et ne se produit qu'après l'acceptation de la donation ou l'ouverture de la succession. Enfin, comment admettre, ajoute-t-on, que l'application de l'article 911-2°, déterminée par le fait d'un tiers, puisse ainsi porter atteinte à des droits acquis ? Est-ce que les droits d'un légataire ne sont pas invariablement fixés au jour du décès et est-ce qu'ils peuvent ainsi être modifiés par un événement ultérieur ? C'est en s'appuyant sur ces arguments que nombre d'arrêts repoussent l'application à notre espèce de l'article 911-2°. (En ce sens Besançon 24 août 1880 S. 83, 1, 193 ; Paris 9 février 1883 Journ. la Loi, n° du 14 février 1883).

Cette doctrine nous semble méconnaître le caractère déclaratif attribué à la reconnaissance d'un enfant naturel, en même temps que l'effet rétroactif produit par cette reconnaissance. Nous l'avons dit précédemment, la date à laquelle a lieu la reconnaissance d'un enfant naturel est indifférente pour l'application de l'incapacité de l'article 908 ; dès que la filiation naturelle est prouvée, l'enfant est réputé avoir été incapable de recevoir depuis le jour de sa conception. Par suite « la présomption légale d'interposition de personnes, qui est la sanction de l'incapacité principale édictée contre l'enfant, s'applique à toute libéralité, quelle qu'en soit la date, faite à l'une des personnes que l'article 911 répute interposées. Peu importe que le bénéficiaire nominal, au moment où il recueille la libéralité, ne soit pas encore atteint, en fait, par la présomption légale d'interposition, si la reconnais-

sance vient démontrer que, dans le passé, cette présomption lui était applicable. La reconnaissance postérieure fera seulement apparaître le danger couru par la loi d'une violation indirecte, elle aura le même effet qu'une condition résolutoire sous laquelle la donation ou le legs aurait été fait par le disposant ; elle frappe de nullité la libéralité en rétroagissant. » (V. dans le Jour. La Loi n° des 23-24 avril 1883 un intéressant article de M. E. Passez et dans Sirey 1883, 1, 193 la note de M. Labbé).

Quant à l'argument d'après lequel un événement postérieur au décès du disposant, telle que la reconnaissance d'un enfant naturel par le légataire, ne peut porter atteinte aux droits ouverts par le décès et dès lors définitivement acquis, nous y avons déjà répondu et nous savons qu'il n'y a pas de droits définitivement acquis, lorsqu'ils le sont contrairement aux prescriptions de la loi ; quels droits acquis, en effet, sont plus respectables que ceux des conjoints entre lesquels une reconnaissance postérieure au mariage fait apparaître un rapport de parenté au degré prohibé, et pourtant la loi n'hésite pas à prononcer la nullité de leur union ! Pour des raisons au moins aussi puissantes, la retroactivité de la reconnaissance s'impose dans notre espèce ; autrement, le père, qui a reconnu son enfant naturel et qui se trouve ainsi empêché de lui laisser toute sa fortune, ne manquera pas de profiter de cette circonstance que la maternité naturelle n'est pas encore légalement établie, et il laissera à la femme qu'il sait être la mère de son enfant tout ce que la loi lui défend de laisser à ce dernier. La mère attendra, pour reconnaître son enfant, que la libéralité faite par le père ait produit ses effets ; l'enfant naturel, bien que reconnu, recueillera la totalité des biens de son auteur et l'article 908 sera violé. (En ce sens, cass. Ch. Civ. 30 janvier 1883, Sir. 83, 1,193).

CHAPITRE II. — DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RÉDUCTION ET DE SES EFFETS.

I. *Nature et étendue de l'action.* — L'action en nullité est la sanction des dispositions de la loi en matière d'incapacités relatives de disposer ou de recevoir à titre gratuit et les libéralités qui sont faites en violation des art. 907, 908, 909, 975, 997 C. Civ. et de l'art. 5 de la loi du 25 mai 1825 sont des actes nuls. Ce n'est pas à dire, toutefois qu'il s'agisse d'actes ayant seulement, aux yeux de la loi, une existence purement nominale et que la nullité dont ils sont frappés soit une de ces nullités radicales et absolues pouvant être opposées en tous temps et invoquées par toutes personnes intéressées. Il en serait ainsi certainement, si la donation ou le testament était attaqué comme fait en fraude d'une incapacité absolue et touchant à l'ordre public, telle est, par exemple, la prohibition de l'art. 910. Mais l'ordre public ne reçoit pas une atteinte directe et immédiate, il n'est pas mis en péril par ce fait qu'un mineur aurait disposé au profit de son tuteur, un malade au profit de son médecin ou de son confesseur, un père au profit de son enfant naturel reconnu ; seuls les intérêts privés sont ici en cause. Une disposition légale est violée, cela est vrai; aussi le législateur accorde-t-il une action pour rappeler au respect de ses prescriptions ceux qui auraient tenté de s'en affranchir, mais il l'accorde à ceux-là seulement dont les intérêts sont lésés. En un mot, il s'agit d'une nullité relative et d'intérêt privé et la conséquence à en tirer, c'est que l'acte subsiste, qu'il a une existence légale, tant qu'il n'est pas attaqué, c'est qu'il est susceptible d'une ratification expresse ou tacite, c'est enfin que l'action en nullité peut s'éteindre par la prescription.

Nous venons de parler de l'action en nullité, mais nous avons

suppssé jusqu'à présent qu'il s'agit d'une incapacité totale et que l'acte libéral attaqué doit être annulé dans son entier. Tout autre est l'incapacité de l'enfant naturel : aux termes de l'art. 908, l'enfant naturel est seulement incapable de recevoir au delà de sa part héréditaire légale. L'incapacité dont il est frappé n'est donc qu'une incapacité partielle ; il en résulte que la libéralité qui lui est faite ne doit pas être déclarée nulle pour le tout, elle sera seulement réduite jusqu'à concurrence de la part qu'il eut recueillie dans la succession *ab intestat* du disposant. Ces principes sont hors de toute controverse, du moins lorsque la libéralité est faite à l'enfant naturel d'une manière ostensible.

Mais on a prétendu qu'il en serait autrement, si la libéralité lui était faite en fraude de la loi sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou sous le nom d'une personne interposée. Cette opinion s'appuie principalement sur le texte de l'art. 911, ainsi conçu : « *Toute* disposition au profit d'un incapable *sera nulle*, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. » La loi, dit-on, ne distingue pas, elle frappe de nullité tout avantage simulé, et c'est justice, car d'une part c'est un moyen de punir la fraude que le disposant a voulu faire à la loi et, d'autre part, c'est une compensation légitime accordée aux héritiers en échange des risques qu'ils ont courus d'être dépouillés et de la difficulté qu'ils ont eue de prouver la simulation. Enfin, ajoute-t-on, cette doctrine trouve sa confirmation dans le rapprochement des art. 911 et 1099 ; ces deux dispositions ont l'une et l'autre pour objet d'annuler les avantages simulés faits à des personnes qui ne sont que partiellement incapables ; mais l'art. 1099 plus explicite en cela que l'article 911, distingue nettement les avantages indirects des avantages simulés et, dès qu'une libéralité est faite en fraude de la loi et sous le voile de la simulation, il en prononce la nullité pour le tout, sans se préoccuper du cas où elle excèderait, ou non, la

quotité dont il est permis de disposer. La distinction que l'article 1099 n'a pas faite entre les avantages simulés qui seraient excessifs et ceux qui ne le sont pas, pourquoi voudrait-on la faire dans l'art. 911, lequel est conçu dans des termes à peu près identiques à ceux de l'art. 1099 ?

On répond et avec raison, croyons-nous, qu'il est toujours dangereux de raisonner par analogie, surtout en matière de droit étroit, pour arriver à étendre une incapacité et à prononcer la nullité d'un acte. Même en admettant, ce qui n'est du reste pas complètement démontré que l'art. 1099 annule entièrement toute libéralité simulée faite entre époux, ne dépassât-elle même pas la quotité disponible spéciale, est-ce qu'il n'y a pas une différence notable entre la rédaction de l'art. 1099 et celle de l'art. 911 ?

Mais il y a plus : le législateur avait des raisons particulières pour se montrer d'une grande sévérité à l'égard des libéralités faites au second conjoint, parce que, de tous les incapables, c'est celui dont l'influence est le plus à redouter ; il ne faut donc pas s'étonner que le législateur ait pris contre lui un surcroit de précautions. D'ailleurs le second conjoint ne peut être juridiquement placé sur la même ligne que l'enfant naturel, il ne fait pas partie de la famille, il n'y a entre lui et les héritiers naturels aucun lien du sang, il est exclu de la succession *ab intestat* même par un collatéral du 12e degré ; pour recueillir les biens, il ne peut donc invoquer d'autre titre que l'acte entaché de nullité. Il en est autrement de l'enfant naturel, celui-ci occupe un rang dans la famille du disposant, il lui est rattaché par les liens du sang ; aussi la loi l'appelle pour partie à prendre part à la succession *ab intestat*, quelque proches que soient les héritiers légitimes. On objecte que c'est précisément pour cela qu'il n'y a aucune injustice à annuler pour le tout la libéralité simulée faite à l'enfant naturel, puisqu'il reprend, à titre héréditaire, ce qu'on lui enlève par l'action en nullité de plus que par l'action en réduction. Cela est vrai ; dans

la plupart des cas, la question ne présentera guère d'intérêt, mais néanmoins il peut arriver que l'enfant naturel soit lésé, c'est ce qui aurait lieu par exemple si on n'avait eu recours à la libéralité simulée que précisément pour écarter l'enfant naturel de la succession *ab intestat* et que celui-ci, comptant sur le bénéfice de la libéralité qui lui était faite, eut déjà renoncé à la succession au moment où l'acte est déclaré entièrement nul. — On dit encore que la nullité totale de l'acte simulé sera le juste châtiment de la tentative de fraude; mais d'abord est-il moral de faire supporter la peine d'une tentative de fraude par l'enfant naturel qui est peut-être resté complètement étranger à l'acte de libéralité consentie à son profit? En second lieu, est-il bien certain qu'il y a eu, même de la part du disposant, intention de faire fraude à la loi ; ne se pourrait-il pas qu'en ayant recours au déguisement ou à l'interposition de personnes, il n'eût fait qu'obéir à des scrupules respectables comme si, par exemple, il avait voulu écarter l'enfant naturel de sa succcession uniquement pour éviter des froissements et peut-être même des débats scandaleux entre la famille légitime et l'enfant naturel? Ne se pourrait-il pas encore que la libéralité, qui apparaît comme excessive à la mort du testateur, n'ait été, à l'époque de la confection du testament, que le juste équivalent de ce que la loi permet de laisser à l'enfant naturel ? Il ne faut pas oublier, en effet, que ce n'est qu'à la mort du disposant que peut être appréciée la quotité dont il lui est permis de disposer en faveur de son enfant naturel ; que cette quotité dépend de la composition de la famille légitime et du montant de la fortune du disposant à cette même époque et que ces éléments de calcul ont pu subir des modifications sensibles dans l'intervalle qui sépare la confection du testament du décès du testateur. Il n'est donc pas certain qu'en faisant l'acte argué de nullité le disposant avait l'intention de frauder la loi.

Enfin, même en laissant de côté toutes ces considérations si

justes et si puissantes et en restreignant le débat dans les limites où le place l'article 911, la seule disposition qu'il s'agisse d'interpréter, que voyons-nous ? La loi déclare nulle la libéralité faite au profit d'un incapable ; or l'enfant naturel n'est incapable qu'autant qu'il reçoit plus que ce dont il est permis de disposer à son profit. Tant que la libéralité n'excède pas cette limite, il n'y a pas d'incapable et, par suite, il ne peut être question de nullité ; peu importe que la libéralité lui soit adressée ouvertement ou qu'elle soit simulée, l'article 911 n'est que le complément nécessaire et la sanction de l'article 908 ; là où l'article 908 n'est pas applicable, l'article 911 ne doit pas l'être davantage. Mais supposons que la libéralité excède la portion que l'enfant naturel pouvait recevoir ; dès lors l'incapacité apparaît ; toutefois, il n'y a d'incapacité que pour ce qui excède cette portion ; la libéralité reste donc valable jusqu'à concurrence de ce que l'enfant naturel pouvait recevoir et elle est nulle seulement pour l'excédant. Cela ne fait aucun doute, tant qu'il s'agit d'appliquer l'article 908, c'est-à-dire lorsque la libéralité excessive est adressée ouvertement à l'enfant naturel. En sera-t-il donc autrement, lorsque la libéralité aura été déguisée ou faite par personnes interposées et qu'il faudra compléter l'article 908 par l'article 911 ? Mais nous venons de voir que la disposition de l'article 911 n'est que l'accessoire de celle de l'article 908 et qu'elle ne peut avoir une portée plus grande que la disposition principale dont elle est la sanction. Sera-ce donc en vertu du texte même de l'article 911 qu'il sera permis de prononcer la nullité pour le tout ? Mais ce texte bien interprété ne dit pas autre chose que l'article 908 et on peut le traduire ainsi : l'incapable ne peut se soustraire aux prescriptions de la loi, par quelqu'expédient que ce soit, même en déguisant la libéralité sous le voile d'un contrat onéreux ou d'une interposition de personnes. Concluons donc que la libéralité excessive faite à l'enfant naturel, fût-elle même simulée, ne doit pas être annulée pour le tout, mais

seulement réduite à la quotité dont il est permis de disposer au profit d'un enfant naturel et qu'en conséquence il y a lieu, non pas à l'action en nullité, mais seulement à une action en réduction.

II. — *A qui appartient l'action en nullité ou en réduction*

En principe, cette action appartient à toute personne ayant un intérêt juridique à l'exercer. Cet intérêt existe d'abord pour le disposant, pendant sa vie, et pour ses créanciers et ayant-cause, car l'action n'a pas un caractère personnel. Après sa mort, il existe pour ses héritiers en ligne directe ou collatérale et pour ses légataires universels ou à titre universel, puisque ceux-ci, tenant la place des héritiers, trouvent cette action dans le patrimoine du testateur et qu'ils sont intéressés à l'exercer. L'intérêt existe encore pour les créanciers et ayant-cause tant des héritiers que des légataires ; il existe même pour les créanciers héréditaires qui, déchus du bénéfice de séparation des patrimoines, auraient ainsi perdu le droit de se faire payer par préférence aux légataires. Ces règles découlent des principes du droit commun et ne souffrent en général aucune difficulté dans leur application. Toutefois, il est nécessaire d'examiner spécialement deux hypothèses où, pour des raisons particulières, les règles que nous venons de rappeler ne doivent être appliquées qu'avec discernement. C'est, d'abord, quand l'action est exercée par le disposant lui-même ; c'est, en second lieu, quand elle est exercée par un légataire en vertu de l'article 908.

Quand on dit que le disposant a le droit d'agir pour faire prononcer la nullité des libéralités par lui consenties, il est bien entendu qu'il ne peut pas être question du testateur, puisque le legs ne produit d'effet qu'après sa mort et qu'il n'a d'ailleurs qu'à révoquer son testament. Il ne peut s'agir non plus du malade qui fait une donation au profit de son médecin ou de son confesseur, puisque son incapacité ne peut être constatée qu'à l'époque de son décès. Le donateur ne pourrait donc agir en nullité que dans l'un

des cas prévus par les articles 907, 908 C. civ. et article 5 de la loi du 24 mai 1825. Et ce droit pour le donateur de demander la nullité de la donation ne fait aucun doute, lorsqu'il s'agit d'une incapacité établie dans le but de prévenir un abus d'influence ; telle est l'incapacité établie par l'art. 907. Ainsi, l'ex-mineur qui, après sa majorité mais avant l'apurement et la reddition du compte de tutelle, aurait fait une donation à son ex-tuteur, peut certainement en faire prononcer la nullité, parce qu'il est réputé par la loi elle-même avoir manqué de liberté et avoir consenti sous l'empire d'une volonté étrangère. Il en serait de même, croyons-nous, de la religieuse qui aurait fait une donation au profit de son couvent ou de l'une de ses sœurs en religion, contrairement aux dispositions de l'article 5 de la loi du 24 mai 1825 ; il est vrai que l'incapacité relative des religieuses a été édictée surtout en vue de protéger les familles contre les excès du zèle religieux, mais cette incapacité a également son fondement et sa cause dans une présomption d'abus d'influence; la loi suppose que le consentement de la donatrice a été vicié et c'est pour ce motif qu'il faut permettre à cette dernière d'invoquer ce vice de volonté pour demander la nullité de l'acte. Dans ces deux espèces, le droit d'agir accordé au disposant n'est pas un droit personnel et par conséquent ses ayant-cause, créanciers et successeurs universels, peuvent, en vertu de l'article 1166, l'exercer en ses lieu et place. — Mais la question devient plus délicate, lorsque le donateur demande la nullité de la donation en vertu de l'article 908 et non plus en se fondant sur un vice de consentement. C'est, par exemple, un père qui a fait une donation à son enfant naturel et qui en demande la réduction, en offrant de prouver qu'elle dépasse la quotité dont la loi lui permet de disposer. Nous avons examiné précédemment la question, en nous occupant du caractère de l'incapacité édictée par l'article 908 et nous sommes arrivé à cette conclusion que le donateur ne peut agir en réduction. Nous maintenons cette solu-

tion, sans distinguer si la libéralité attaquée a été faite d'une manière ostensible ou si, au contraire, elle a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou sous le voile d'une interposition de personnes. Rappelons seulement que, si nous avons été amené à adopter cette solution, ce n'est pas à cause du caractère d'indisponibilité réelle et de la réserve que, suivant certains auteurs, l'article 908 aurait établie au profit de la famille légitime, mais plutôt par ce motif que l'incapacité de l'article 908 est d'une nature telle que son étendue ne peut être constatée qu'à la mort du donateur et qu'en conséquence, durant sa vie, il y a une impossibilité matérielle à ce que l'action soit exercée tant par lui que par ses ayant-cause.

Nous arrivons maintenant à la seconde question annoncée et il nous reste à examiner si l'action en réduction fondée sur l'article 908 peut être exercée, après la mort du donateur, par ses successeurs universels. En ce qui concerne le droit des héritiers, pas de difficulté ; ils peuvent certainement demander la réduction des libéralités excessives faites par leur auteur au profit de son enfant naturel ; non seulement le droit créé par l'article 908 s'est ouvert par la mort du disposant et il n'y a plus désormais d'obstacle à son exercice, mais encore il faut reconnaître que, sans avoir le caractère d'une réserve proprement dite, la disposition de l'article 908 a été édictée en considération des héritiers et dans leur intérêt. Mais ce droit des héritiers d'agir en réduction, que devient-il, lorsque le défunt n'ayant laissé que des héritiers non réservataires les a exclus par un legs universel ? Le légataire universel pourra-t-il invoquer l'article 908 ? Il est un cas où il ne peut y avoir de difficulté, c'est lorsque le legs n'est pas sérieux et que le testateur n'a eu d'autre but, en excluant ses héritiers légitimes, que de les mettre dans l'impossibilité d'invoquer l'article 908 ; il est certain que, dès qu'il apparaît d'après les circonstances de la cause que l'exhérédation n'a eu d'autre objet que d'assurer l'efficacité des

libéralités excessives faites à l'enfant naturel, l'héritier légitime est recevable à demander la nullité du legs et à agir ensuite en réduction (Angers 23 févr. 1859, S. 59, 2, 136 ; Cassation 3 juin 1861, S. 61, 1, 615 ; Limoges 13 juill. 1870, S. 71, 2, 11). Mais que décider dans le cas où le legs est sérieux ? Les héritiers légitimes ne peuvent agir, puisque, d'une part, ils sont exclus et ne peuvent invoquer un droit de réserve et que, d'autre part, ils sont sans intérêt et que l'annulation de l'acte ne leur profitera pas. Le légataire universel pourra-t-il donc agir en vertu de l'article 908 ? Non, dit-on ; car, d'une part, ce n'est pas dans son intérêt que l'incapacité de l'article 908 a été établie et, d'autre part, il ne peut prétendre qu'il exerce une action dépendant de la succession, puisque le disposant n'aurait pas pu exercer lui-même cette action. Nous avons déjà répondu à ces deux objections, (voir plus haut), d'abord que le législateur, en établissant l'incapacité de l'article 908, s'est peu préoccupé de ceux qui seraient appelés à bénéficier de cette action ; en second lieu, que, si le disposant ne pouvait pas exercer lui-même l'action, c'est par cette raison que l'étendue de l'incapacité ne peut être déterminée qu'à l'époque de son décès, mais que le droit d'agir n'en existait pas moins dans son patrimoine, qu'il y existait d'une manière latente et à l'état de droit conditionnel et que l'évènement de la condition suspensive à laquelle il était subordonné l'a transformé en un droit pur et simple. Concluons donc que, lorsque le disposant ne laisse pas d'héritiers réservataires et que l'exhérédation prononcée contre la famille légitime est serieuse, le légataire universel peut invoquer l'article 908 et faire réduire les libéralités excessives faites à l'enfant naturel.

III. *Durée de l'action. Ses effets.* — L'action en nullité ou en réduction des libéralités faites à l'incapable s'éteint, suivant le droit commun, par la prescription de trente ans (art. 2262). Elle s'éteint également par la renonciation des ayant-droit à

l'exercice de cette action et par l'exécution volontaire de la libéralité de la part des héritiers ou successeurs après la mort du disposant (art. 1340). Nous ne parlons, bien entendu, que des nullités établies dans un intérêt privé, comme cela arrive pour les incapacités relatives. Il en serait autrement, s'il s'agissait, par exemple, de l'incapacité absolue établie par l'article 910, laquelle a pour fondement un motif d'ordre public. Les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui touchent à l'ordre public ; d'ailleurs les libéralités, faites en violation de l'article 910, ne sont pas seulement nulles, elles sont inexistantes, et la confirmation qui leur serait donnée ne se concevrait pas, puisqu'on ne peut confirmer que ce qui existe déjà ; de même, la prescription ne saurait davantage les valider, le néant ne peut devenir valable.

L'effet de l'annulation est de faire rentrer les biens dans le patrimoine du disposant, comme s'ils n'en étaient jamais sortis. Si la libéralité est faite à l'incapable sous le nom d'une personne interposée, non-seulement l'incapable ne peut en profiter, mais la nullité frappe également le tiers intermédiaire, lequel est, dans ce cas, obligé de restituer ce qu'il a reçu. Le droit romain déclarait également nuls les fidéicommis prohibés, mais il attribuait au fisc le bénéfice du fidéicommis, à cause de l'indignité du fiduciaire qui avait concouru à la violation de la loi ; le droit ancien faisait rentrer la libéralité dans la succession légitime par la subrogation des héritiers au fidéicommissaire. Le Code civil, plus logique, annule la libéralité faite à l'incapable, d'une part, parce que la loi lui défend de recevoir, et, d'autre part, au profit de la personne interposée, parce que ce n'est pas elle que le disposant a voulu gratifier.

FIN.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La seconde partie de la loi Cincia a été inspirée, non par des motifs d'ordre politique, mais par le désir du législateur de protéger le donateur et sa famille contre les libéralités exagérées.

II. — Le § 266 des Fragments du Vatican accorde au donateur, non pas une *condictio ex injustâ causâ*, mais simplement la *condictio indebiti*.

III. — La loi Cincia n'accorde jamais au donateur une action proprement dite, mais seulement une exception ou une réplique. Les lois 21, § 1, D. *de donat.* et 5, § 5, *de dol. mal. et met. except.* sont des décisions de faveur introduites par les jurisconsultes postérieurement à la loi Cincia et en vue d'hypothèses tout à fait spéciales.

IV. — La formalité de l'insinuation diffère de la loi Cincia en ce qu'elle a été introduite, non pas uniquement en vue de protéger le donateur, mais surtout en ce qu'elle est une loi destinée à fixer le crédit hypothécaire.

V. — Le défaut d'insinuation n'entraîne la nullité de la donation que pour ce qui excède la valeur de 500 solides ; l'application de la loi Cincia, au contraire, faisait tomber la donation pour le tout.

VI. — La loi accorde au donateur dont la donation n'a pas été

insinuée, non pas seulement une *condictio*, mais encore l'action en revendication, quand la chose donnée existe en nature.

VII. — Le défaut d'insinuation peut être opposé au donataire par tous les intéressés, même par un simple tiers détenteur.

DROIT FRANÇAIS

I. — L'incapacité édictée par l'article 907 est surtout une incapacité active de disposer qui frappe principalement la personne du mineur, et ce n'est que par voie de conséquence que le tuteur se trouve atteint de l'incapacité passive de recevoir.

II. — La prohibition de l'article 907 atteint le tuteur de fait comme le tuteur de droit, et spécialement le second mari de la mère qui, avant de se remarier, n'aurait pas convoqué le conseil de famille à l'effet de se faire maintenir dans les fonctions de tutrice.

III. — L'article 907 ne frappe pas la personne en état d'interdiction légale ou d'interdiction judiciaire de l'incapacité de disposer au profit de son tuteur.

IV. — Dès que le compte de tutelle a été rendu et apuré, le mineur peut disposer au profit de l'ancien tuteur qui a cessé ses fonctions, soit par suite de l'émancipation de son pupille, soit parce qu'il a été remplacé par un autre tuteur.

V. — La reddition de compte dont il s'agit dans l'article 907-2° est soumise aux formes et conditions prescrites par l'article 472.

VI. — L'article 908 édicte une règle d'incapacité proprement dite, et non pas une règle d'indisponibilité réelle.

VII. — L'article 908 peut être invoqué par un légataire universel, même en présence des héritiers légitimes non réservataires qu'il exclut.

VIII. — A défaut d'héritiers légitimes, l'article 908 ne peut être invoqué par l'un de plusieurs enfants naturels pour faire réduire les libéralités excessives faites à ses frères naturels.

IX. — La reconnaissance d'un enfant naturel simple dans un testament olographe, ou la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux dans un testament authentique ne peut servir de base à l'application de l'article 908, quand bien même la libéralité et la reconnaissance seraient contenues dans le même acte.

X. — L'incapacité de l'article 908 n'atteint pas personnellement les descendants de l'enfant naturel ; en conséquence, ils peuvent, après le décès de celui-ci, recevoir à titre gratuit de leur aïeul au delà de la portion héréditaire qui leur est accordée par l'article 759.

XI. — Les héritiers légitimes du disposant ne peuvent pas rechercher la filiation naturelle de l'enfant non reconnu, pour faire réduire les libéralités excessives qui lui auraient été faites par celui que l'on prétend être son auteur.

XII. — L'article 908 doit être combiné avec l'article 337 et l'enfant reconnu pendant le mariage ne peut recevoir, dans la succession testamentaire ou contractuelle, aucune libéralité dont l'exécution nuirait aux enfants issus du mariage ou au conjoint légitime.

XIII. — Pour que l'incapacité de l'article 909 soit applicable, il faut qu'il y ait coïncidence entre l'époque où la libéralité a été consentie et celle du traitement ou de l'assistance spirituelle.

XIV. — Le legs universel consenti par un malade au profit de son médecin ou de son confesseur, bien que fait à titre rémunératoire, est nul et ne peut être converti par les tribunaux en un legs à titre particulier.

XV. — L'incapacité de l'article 909 atteint le médecin qui a traité son conjoint et qui en a reçu des libéralités pendant la maladie dont il est mort.

XVI. — Pour qu'il y ait interposition de personnes, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu concert frauduleux entre le disposant et le bénéficiaire apparent.

XVII. — La reconnaissance d'un enfant naturel, bien que postérieure à la libéralité faite au descendant, au conjoint ou à la mère de cet enfant, n'en a pas moins pour effet d'entraîner la nullité de la disposition à titre gratuit, par application de l'article 911-2°.

HISTOIRE DU DROIT

I. — Avant de former un droit territorial, les Coutumes ne constituaient à l'origine que des statuts personnels, variant avec la nationalité de chaque individu.

II. — Les Cencives ont leur origine dans l'usage de la clientèle et des concessions à Précaire ; les Fiefs dérivent de la *commendatio in manus* et correspondent à une clientèle militaire supérieure.

III. — L'émancipation des villes au XIIe siècle ne s'opéra pas d'une manière uniforme ; quelques-unes d'entre elles avaient conservé certaines franchises municipales ; d'autres eurent recours à l'insurrection ; le plus grand nombre obtinrent leur affranchissement par des concessions successivement arrachées aux seigneurs et à la royauté.

DROIT CRIMINEL

I. — La prescription de l'action publique entraîne l'extinction de l'action civile et celle-ci ne peut plus dès lors être exercée, même devant la juridiction civile.

II. — L'action publique peut être exercée contre la femme, même après le décès du mari qui a porté plainte en adultère.

DROIT DES GENS

I. — Les gouvernements étrangers ne sont pas, comme les individus étrangers, justiciables des tribunaux français; il ne peut pas être procédé contre eux par la voie de la saisie-arrêt ou de l'assignation.

II. — L'extradition peut être accordée pour des faits commis antérieurement au traité d'extradition.

III. — Un Etat n'est pas tenu d'accorder l'extradition de ses nationaux.

Vu par le Président de la thèse,

BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulevard St-Michel, 52.

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris boulevard St-Michel, 52.